طبع بأمر من صاحب الجلالة أمير المؤمنين الحسن الثاني نصره الله

المملكة المغربية
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

النوازل الصغرى

المسماة

المنح السامية في النوازل الفقهية

للفقيه العلامة المحقق الفهامة
أبي عبد الله سيدي محمد المهدي
ابن محمد بن محمد بن الخضر الوزاني الشريف العمراني الحسيني
المتوفى عام 1342 هـ

الجزء الرابع

1413 هـ - 1993 م

بسم الله الرحمان الرحيم   وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

تقديـــــم

وبعد، فانطلاقـاً من العناية الفائقة والاهتمام الكبير الـذي يوليه أمير المؤمنين جلالة الحسـن الثاني لكتب التراث الإسلامـي، وإحياء وطبع مـؤلفاتها القيمة ليعـم النفع بها للنـاس، واستمرارا للرسـالة الإسـلاميـة الخالـدة التـــي تضطلــع بها وزارة الأوقـاف والشـؤون الإسـلامية في مجال العمـل الإسـلامي، والقيـام برسـالتهـا الدينيـة والعلمية والحضارية، عملا بالتوجيهات المولوية السامية.

كانـت الوزارة قـد أصدرت في مطلـع شهر رمضـان المنصرم لعام 1412، الجزءيـن: الأول والثـاني مـن كتـاب: «النـوازل الصغـرى» لمؤلفها العـالم الجليل شيخ الإسـلام والجماعة أبي عبد اللـه محمد المهدي بـن محمد بن الخضر الـوزاني، الشريف العمـراني الحسني، المتوفى عام 1342هـ.

وتكتسي هـذه النوازل الصغـرى أهمية خـاصـة، حيث إنها تعـد اختصـارا وخـلاصـة لنـوازلـه الكبرى، المسماة بـالمعيـار الجديـد، المطبوعة طبعا حجريا في عدة أجزاء، كما تعتبر من أهم ما تم إنجازه في العصر الحديث في هـذا النوع من التأليـف الذي برز فيـه الفقهاء المغاربـة ونبغوا فيه، وذلك لما اشتملـت عليه من النوازل والقضـايا الاجتماعية التـي تطرأ للناس، وتضمنته واستـوعبته من الإجـابات العلميـة الـدقيقـة والاستدلال لها بـالكثير مـن النقـول والنصـوص الفقهيـة وأقوال العلماء والفقهـاء المالكية التـي كـان ينقلها الشيـخ الوزاني في نوازله، ويأتي بها من أمهـات كتب الفقه المالكي كالمدونة،

ومختصر الشيخ خليل، ومختصر الفقيه ابن عرفة، والكتب الخاصة بالنوازل، وفقه القضاء، وأصول الأحكام، مثل التبصرة لابن فرحون، ومنظومة تحفة ابن عاصم، ومنظومة الزقاق، والعمل الفاسي، ونوازل المعيار للونشريسي ونوازل الفقه للشريف العلمي، اللذين طبعتهما الوزارة وأخرجتهما إلى الوجود، وغير ذلك من الكتب والمؤلفات التي كان يرجع إليها الشيخ الوزاني، ويعتمدها في تحرير إجابته عن النازلة، إضافة إلى ما له من سعة اطلاع، ومن تضلع وتمكن في الفقه الإسلامي، واستيعاب لفروعه وجزئياته، في المذهب المالكي. مما جعل هذه النوازل الصغرى تشتمل على جميع الأبواب الفقهية من عبادات وزواج ومعاملات وغيرها من الموضوعات التي وردت في هذا الكتاب.

ومنذ أن طبعت الوزارة في السنة المنصرمة الجزءين الأولين من هذه النوازل الصغرى وأخرجتهما في طبعة عصرية جديدة، كان لها صدى طيب واستبشار كبير لدى أهل العلم والفقه والقضاء، وهي تجد إقبالا متزايدا على تملكها ورغبة قوية في الحصول عليها، للرجوع إليها والاستفادة منها والانتفاع بها في مجال الفقه والفتوى والقضاء.

وإتماما لهذا العمل العلمي الهام، واستكمالا لهذه الموسوعة الفقهية الجامعة، والمركزة في فقه النوازل، ووفاء بالوعد الذي وعدت به الوزارة في طبع الجزءين الأخيرين منها.

يشرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ويسعدها أن تطبع الجزءين: الثالث والرابع منها، وأن تصدرهما بمناسبة شهر رمضان المبارك لعام 1413، لتيسير تداولها كاملة بين السادة العلماء وأهل الفقه والقضاء، والأساتذة والطلبة الباحثين والدارسين المتخصصين.

والوزارة إذ تقوم بهذا العمل العلمي المفيد في مجال إحياء التراث الإسلامي ونشره وخدمة الفقه والقضاء والفتوى.

تسأل الله العلي القدير أن يجعل طبع هذا الكتاب في سجل الأعمال الصالحة والحسنات الخالدة، والمكارم الحميدة لمولانا أمير المومنين جلالة الحسن الثاني، وأن يكون من أياديه البيضاء

على نشر العلوم والمعارف الإسلامية، ومؤلفاتها العلمية القيمة في المغرب العزيز وخارجه.

كما تسأله سبحانه أن يمد في عمره ويبارك في حياته، ويبقيه ذخرا وملاذا للبلاد والعباد، ورائدا للبعث الإسلامي، ومجددا لأمر الدين، وحصنا حصينا للإسلام، في هذا البلد الكريم، وغيره من بلاد المسلمين، وأن يقر الله عين جلالته بولي عهده صاحب السمو الملكي الأمير الجليل سيدي محمد، وصنوه صاحب السمو الملكي الأمير المجيد مولاي رشيد، وأن يحفظه في كافة أسرته الملكية الشريفة، إنه سبحانه سميع مجيب.

وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية
الدكتور عبد الكبير العلوي المدغري

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه

نوازل القسمة

سئــل العلامة أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك رحمه الله، عن قسمة سقط منها حضور بعض الورثة، وأجاب غيره أنها ساقطة.

فأجاب : إنه صحيح، إن كان المقسوم عروضا أو حيوانا، وإن كان المقسوم مثليا أو موزونا لم تُنْقَضْ القسمة، كما لابن رشد. ونقله عنه المواق وغيره. فعدم التفصيل عيٌّ، وقد قال ابن الحاجب : ولو طرأ وارث والمقسوم كدار فله الفسخ، وإن كان المقسوم عينا رجع عليهم، ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا به. (هـ).

وسئــل أيضاً عن ورثة اقتسموا تركة موروثهم، فظهر إشهاد موروثهم على نفسه أن الأرض المقسومة، أي التي وقعت فيها القسمة بينه وبين شقيقيه فلان وفلان، وثبت الرسم بموجب الثبوت.

فأجاب : إن ما ظهر لشقيقيه يكون لورثتهما لا لمن أخذه جهلا أو تجاهلا من ورثة المشهد، ولا حجة لهم في القسم أعلاه، حيث لم يصادف محلا، وتخرج مسألته على مسألة طروّ استحقاق على تركة بعد قسمها، المشار إليها في المتن بقوله : وإن استُحِق نصف أو ثلث، خُيِّر لأربع، وفسخت في الأكثر. الخ... على ما فيه من التفصيل والبحث بين شروحه ومحشيه. الحاصل أن هذه الرسوم التي ظهرت هي حجة على المشهد وعلى من أدلى بها من وارث أو غيره، والسلام. (هـ).

وسئــل أيضا عن شركاء في كوشة جير، أخذ أحدهم حظه وباعه لذمي بأكثر مما باع غيره، فقام عليه شركاؤه في ذلك وطلبوا أن يدخلوا معه، فادعى هو أنه أخذ حقه وتصرف فيه، فأفتى من أفتى دون نص، أن جميع ما بيع به الجير هم فيه شركاء، ولا يختص واحد منهم بثمن ما باعه.

فأجاب : إن كان ما أخذه كل لا على جهة التفاصل بل على جهة الشركة حتى يقتسموا الحاصل فما أفتى به المفتي صحيح، وإن كان أخذ من أخذ شيئا على وجه التفاصل، استبد به، وإن لم يحصل ذلك الربح الكثير لغيره كما يفيده ما في المعيار عن أبي إسحاق الشاطبي ذكره في نوازل المعاوضات مرتين، وذكره أبو علي في شرحه. الخ...

وسئل أيضا عن رجل قاسم شريكه مراضاة دون تقويم ولا تعديل فباع كل منهما فقام أحد المشتريين على الآخر بأن نصفه فيه زيادة وأثبتها بأرباب البصر، وعارضه الآخر بأن كلا اشترى ما عين له.

فأجاب بأنه لا كلام له، لأنه على ما وجد دخل، ففي الجزيري وغيره أنه لا قيام بغبن ولا بغيره في قسمة التراضي دون تقويم ولا تعديل. وأن من شرط القيام أن يكون بقرب القسم. قاله ابن سهل عن ابي ابراهيم قائلا في جوابه : لو مكن الناس من هذا لم تستقر لهم قسمة. ولا معنى للسؤال عن هذا بعد عام، فكيف بعد المدة التي ذكرت. والمتكلف للجواب أسوأ حالا من السائل عنه،ولو حسن الجواب فيه لم يصح إلا بعد الكشف عن القائم وتركه القيام بعد عام، فإن اتى بعذر معلوملنظر فيه، ولا تعدو القسمة أحد وجهين مراضاة أو قرعة ولا قيام في المراضاة بوجه، إلا في الاستحقاق فقط. والقرعة لا تكون إلا بعد تقويم وتعديل، فكيف يسمع بعد هذا دعوى غبن الا من معتوه لا يعرف ما له مما عليه. انتهى باختصار. على نقل طرر الونشريسي ونحوه في نقل غيره وحضور أرباب البصر لا يدل على تقويم ولا تعديل، كما أفاده الحطاب. على أن هذا في غير المشتري، أما هو بعد أن اشترى مقسوما فقيامه حيث لم يحدث عليه قاسم بائعه شيئا باطل ولا قائل بغيره. (هـ).

وسـئـل أيضاً عن مقاسمة قيم فيها بإجماع وخلل فأفتى غيره بنقضها وتحامل فيه.

فأجاب : الإجمال في القسم، لا بد من زواله، إذ به تصح قسمة المراضاة بعد التعديل والتقويم، وفي القسم بها عن غير الرشيد خلاف،وأكثر الشيوخ على جوازها إذا كان في ذلك مصلحة وبه القضاء، ويقام فيها بالغبن إذا ظهر، لأنها بمنزلة بيع المرابحة،كما حتى في ابن سلمون. فلا بد من إعادة التقويم حتى يتضح الحال،ويزول الاشكال وينتفي الجور والغلط على المقومين على أنهما لم يؤديا ويثبت من المصلحة نظير ما ثبت للغائب. وكل هذا جلي غير محتاج لكتابة، وبعد تجديد النظر يسد خلله ويظهر جلله،والله الموفق. (هـ).

وسئلت عن ورثة اقتسموا تركة والدهم وتبارءوا فيها ثم استظهر أحد الأولاد برسم أن الهالك أوصى في صحته بتحبيس جميع الأراضي والأجنات والزيتون التي على ملكه بعد موته على أولاد بنيه، فلان وفلان وفلان، وبنيهم ما تناسلوا. وذلك بعد ثمان سنين من أمد القسمة بينهم.

فأجبت : الحمد لله، الوصية حوله صحيحة لا مرية فيها، وهي لازمة للورثة بلا إشكال، وقد نصوا أن من حبس شيئا في صحته، وقال ينفذ بعد موته، فإن ذلك يكون في الثلث، وعليه فإن كانت الأراضي والأجنات والزيتون الموصى بها مقدار ثلث الهالك، فلا إشكال، وإن كانت أكثر فيخرج منها قدر الثلث، وهذا كله ظاهر لا يحتاج الى استدلال عليه. قال الشيخ ميارة في شرح التحفة : إذا لم يذكر في الوصية لفظ تحبيس ولا صدقة فتحمل على التمليك للموصى لهم وتقسم بينهم قسمة ملك على السواء لا يؤثر فيها فقير على غني. نقله في المعيار الفقيه سيدي محمد بن عبد النور العمراني. (هـ). فمفهوم قوله في النص لم يذكر في الوصية لفظ تحبيس أن الوصية إذا ذكر فيها ذلك، فإنه يعمل به ونظمه في التكميل فقال :

إن لم يبين كونه وقفا ولا صدقة على التملك احملا

فظهر بهذا أن قسمة الورثة للتركة كلها بدون إخراج الوصية لا تصح بل هي مفسوخة شرعا لأن الوصية مقدمة على الميراث،كما في الكتاب العزيز. وأشار

إلى ذلك في المختصر عطفا على ما تفسخ فيه القسمة، فقال أو على وارث أو موصى له بالثلث والمقسوم كدار. قال المواق نقلا عن المدونة:إن كانت التركة دورا وليس فيها عين فاقتسمها الورثة ثم قدم وارث أو موصى له بالثلث نقض القسم الخ... ما أظن المصنف عنى إلا هذا. فلو قال أو وارث أو موصى له بالثلث على وارث والمقسوم كدار لتنزل على المدونة. (هـ). والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وأجاب أيضا قاضي تطوان سيدي محمد عزيمان، فقال : الحمد لله، الرسم أعلاه متضمن الإيصاء بتحبيس ما يملكه من أراضي الحراثة وأجنات الزيتون والتين واللشين ودوالي العنب على بني بنيه الذكور دون الإناث لصدق حقيقة الوصية على ذلك، وعليه فحيث حملها الثلث جازت والأصح ما حمله منها لقول التحفة :

في ثلث المال فأدنى في المرض   أو صحة وصية لا تعترض

ولا يضر كون آبائهم ورثة، ففي التحفة أيضا :

وصححت لولد الأولاد   والأب للميراث بالمرصاد

كما لا يضر تخصيص الذكور بها دون الإناث. قال أبو زيد الفاسي في عملياته :

وحبس على البنين لا البنات   بصحة وعدم البطلان آت

فتبين منه صحتها على كل حال،والله سبحانه أعلم. انتهى باختصار.

وسئلت عن جنان مشترك لواحد فيه الثلثان وللآخر الثلث، فمات صاحب الثلث عن ورثة ومنهم زوجة فطلب صاحب الثلثين قسمة الجنان المذكور وأثبت بأرباب البصر أنه يقبل القسمة أثلاثا وأبت الزوجة ذلك وقالت لا تخرج مع أصحاب الثلث. فهل تجبر على ذلك أم لا؟

فأجبت : إن الجنان المذكور يقسم أثلاثا وتجبر الزوجة على ذلك، ففي الزرقاني والخرشي على قول المختصر :كذي سهم ورثة،ما نصه : هما مسألتان، الأولى: إن أصحاب كل سهم يجمعون في القسم وإن لم يرضوا، فمن مات عن زوجات وأخوات لأم وأخوات لغير أم، فإن أهل كل سهم يجمعون في القسم ولا يعتبر قول من أراد منهم عدم الجمع. فإذا طلبت واحدة من الزوجات مثلا أن تقسم نصيبها منفردا، لم يكن لها ذلك، وتجمع مع بقية الزوجات.الثانية:إذا كانت الدار لشريكين مات أحدهما وترك ورثة قسمت نصفين. الخ... نصف للشريك ثم نصف للورثة، ثم إن شاء،اقسم لهم ثانيا. (هـ). وهو صريح في النازلة، وتكلم

على المسألة الزرقاني أيضا،عند قول المختصر : ولا يجمع بين عاصبين. قال الشيخ الرهوني في حواشيه : وقول الزرقاني لأنه لن كان لموروثهم شريك أجنبي جمعوا وإن أبوا، ظاهره وإن كان نصيبهم لا يقبل القسم بينهم، وهو كذلك كما يفيده ما قدمناه عن اللخمي وغيره. وقد صرح بذلك في المجموعة الخ... وانظر أول تقييد الشيخ ميارة في الصفقة، فقد صرح بذلك،والله اعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي وفقه الله. (هـ).

وسئلت ايضا عن امرأة ماتت بفاس مطلقة من زوجها أزيد من خمسة عشر عاما وأحاط بميراثها بنت لها بفاس وأخ شقيق بمراكش، فقدم الاخ لفاس بعد مدة وتفاصل مع البنت في متروك الهالكة بمحضر الزوج المطلق وموافقته لكونه كان وكيلا عن البنت حتى تفاصلت مع خالها في الارث المذكور، ثم قام المطلق المذكور وادعى ان الهالكة ماتت في عصمته وطلب ميراثه منها واستظهر برسم مراجعتها فهل له ما طلب ام لا؟

فأجبت : الحمد لله، حيث ماتت المرأة فاطمة وحاز متروكها وكيل الغياب لغيبته فيها إلى أن قدم من مراكش بعد حين وتداعى معه زمانا طويلا إلى أن تفاصل معه، ثم تداعى مع البنت أيضا في حكم كراء الدار وإصلاحها والإرث الذي أخفته والمطلق حاضر في هذه المدة كلها، بل وزاد كونه وكيلا عن البنت إلى أن تفاصلا في الإرث وحاز كل واحد واجبه وتبارءا فيما يرجع للميراث بمحضر

المطلق وموافقته ثم بعد هذا كله قام يدعي أن الهالكة زوجته وأن له عليها ديْنا، وأتى برسم المراجعة غير مكتوب على رسم الصداق كما هي العادة، فلا شك أن دعواه لا تسمع وبينته كذلك للقطع بكذبه إذ محال في العادة حضور الزوج في هذه المواطن كلها ولا يتكلم إلى أن يقع الفراغ والإبراء من المتروك والإشهاد عليه بالموافقة. ابن الحاجب. والدعاوي ثلاثة أنواع، نوع تكذبه العادة، فهذا لا تسمع دعواه فضلا عن بينته لتكذيب العرف إياه. (هـ). وأيضا، فإن رسم المراجعة مستراب بلغ الغاية في الاستبعاد، فلا عمل عليه لأن الرجعة إنما تكتب على رسم الصداق كالطلاق لا في رسم مستقل كما هنا حسبما هو مذكور في شرح قول العمل : ومن اراد رجعة من الطلاق..الخ. وأيضا، فإن الرفع على هذا الرسم لا يصح لعدم شهرة كاتبيه. ففي نوزال العلمي ما نصه : يشترط في ذي الخط ان يكون قوي التشكيل بحيث يؤمن من الضرب عليه. (هـ). وفي شرح العمل نقلا عن الإمام العبدوسي ما نصه : لا تجوز الشهادة على خطوط الشهود وشهادتهم لموتهم أو غيبتهم غيبة معتبرة، إلا إن كانوا عدولا مبرزين منتصبين للشهادة بين الناس. الخ... وفي شرح التحفة للشيخ التاودي انه يتشرط في الرافع ان يكون فطنا عارفا بالخطوط ممارسا لها. الخ... وهذه الشروط كلها مفقودة هنا. وفي الزرقاني أيضا ما نصه : لو حضر غريم قسم تركة بين ورثة أو غرماء ميت عالما بدَيْنِه ساكتا بلا عذر، فإنه لا قيام له حيث حصل القسم في الجميع. الخ... ومثل هذا عند شراح التحفة،والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

وسئلت أيضا عن ورثة اقتسموا دارين، واحدة كبرى ولا ماء فيها، وأخرى صغرى وفيها بئر، فاقتسموهما على أن الماء ينتفع به كل من الدارين، ومضى لذلك نحو أربعة أعوام، فأراد الآن أصحاب الدار الصغرى نقض القسمة زاعمين أن القسمة لا تصح مع بقاء الشركة في ماء البئر. الخ...

فأجبت : الحمد لله، لا سبيل لنقض القسمة المذكورة في الدارين، بل هي لازمة لكل من الفريقين، إذ أن قسمة الأصول جائزة مع بقاء الشركة في الممر

والسترة والبئر ونحو ذلك حسبما هو صريح كلامهم في باب الشفعة. ابن سلمون. واختلف في إيجاب الشفعة فيه، أي الماء، إذا قسمت الأرض ،فقال في المدونة : لا شفعة فيه، وقال في رواية يحيى إن فيه الشفعة. (هـ). وهو قول المختصر. وكبئر لم تقسم ارضها وإلا فلا، أي البئر التي لم تقسم ارضها فيها الشفعة وإلا فإن قسمت الأرض دون البئر فلا شفعة، فهذه نصوص صريحة في جواز القسمة مع بقاء الشركة في الماء، تأملها وما اعتقده الخصم من أن القسمة لا تصح إلا بانضمام الماء لأحد الدارين فقط غير صحيح، وقد سئل أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عن شركاء في جنان قسموه وتركوا الباب والبئر على نحو ما كانا عليه قبل القسم.

فأجاب : إنها قسمة صحيحة يجب اتباع ما بُين فيها من بقاء البئر والباب في الشياع على نحو ما كانا عليه قبلها، والنص على ذلك ونحوه في القسمة هو الصواب كما في وثائق الفشتالي، وإذا لم يقع النص على ذلك بل سكتا عليه جاء الخلاف المذكور فيها،وفي طرر الونشريسي عليها وفي غيرهما، فمن اراد منع غيره مما ذكر بعد رضاه به فلا يسمع منه والله الموفق. (هـ) والله اعلم. قاله المهدي الوزاني لطف الله به (هـ).

وسئلت أيضا عمن ادعى على آخر أن قسمة الماء التي وقعت بينهما في الساقية التي بداره أي المدعى عليه فاسدة لأن جعبة المدعي عليه أحنى من جعبة المدعي، وفي ذلك عليه ضرر فيطلب منه اعادة القسمة، فأجابه المدعى عليه بأنها صحيحة لا شيء فيها،ويطلب من الشرع ان يعين له قنويين وتاجرين وعدلين ليقفوا على عين القسمة والعمل على ما يقولون.الخ... فرضي بذلك المدعي وأشهدا أنهما تراضيا على ما يقوله فلان وفلان القنويون فذهبوا مع المدعيين، ولما وقفوا على ذلك، قالوا ان القسمة فاسدة فلم يرض بذلك المدعى عليه مع انه هو الذي طلب ذلك أولا فهل يلزمه ذلك أو لا؟

فأجبت : الحمد لله،حيث رضي الخصمان بما يقوله القنويون وبالعمل به. وقالوا أي القنويون: إن إحدى الجعبتين مرتفعة عن الأخرى، وفي ذلك ضرر وإن

شاء القسمة هو التساوي بين الجعبتين.الخ... فذلك لازم للمدعى عليه، وذلك القول المذكور من القنويين. إما حكم وإما شهادة، وكلاهما لازم. قال الزرقاني والخرشي على قول المختصر : أو شهد فلان غير العدل ما نصه : لو قال:إن حكم بها فلان متحاكما إليه فإنه يلزم ما حكم به. قاله في التوضيح وظاهره كان عدلا أو غير عدل وإن ذلك لازم بمجرد قوله : حكمت وإن لم تكن بينة ولا يمين مع شاهد وينبغي أن يكون محل ذلك حيث حكم بها على مقتضى الشرع. (هـ). ومثله لأبي علي في شرحه ونصه : قال في المعونة : الفرق بين الشهادة لا تلزم والتحكيم يلزم،إن الرضا بالشهادة ليس رضى باجتهاد لأن الشهادة علم يؤديه الشاهد إلى الحاكم، لا مجال للاجتهاد فيه، فله أن يناكر إذا شهد عليه بباطل، والقضاء بخلافها، لأن طريقه الاجتهاد، فلما رضي بحكمه وعلى أنه يجتهد، وإن أجتهاده ربما وافق مراد أحدهما وربما خالفه، فقد دخلا على الرضا بما يكون منه، فإما إن حكم بينهما بجور أو بخلاف نص أو إجماع، فلا يلزمه كالشاهد إذا شهد بباطل، لأنهما إنما رضيا أن يحكم بالشرع لا بخلافه. (هـ). ونقله الحطاب. الخ... قف عليه، ومراده بقوله الشهادة لا تلزم.الخ... إذا كان الشاهد وحده لا إن كانا اثنين أو ثلاثة كما هنا، فتلزم. قال الشيخ بناني على قوله : أو شهد فلان غير العدل ما نصه : فإن كان عدلا قبلت شهادته مع اليمين. (هـ). ونحوه قول أبي علي في شرحه. وأما العدل إذا وجد معه عدل آخر أو حلف من له الحق معه فهذا أمر لازم لا اختيار فيه للمطلوب، وإنما هو شرع مقرر التزمه الإنسان أم لا، فليس هو مقصود الناس. وقال أيضا : مفهوم المتن أن العدل ليس كذلك بل هو باق على حكمه إن أضيف اليه عدل آخر أو يمين أفاد وإلا فلا عبرة به. وبهذا تفهم ما وقع للناس، والله اعلم.قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل العلامة الوزير سيدي عبد الرحمن الحائك عن شريكين اقتسما دارا في قسمة أحدهما بئر ظاهرة بقي لشريكه فيها الانتفاع، ثم ظهرت أخرى عادية في قسمة من بقي له الانتفاع فأراد شريكه الدخول معه فيها فأفتاه من أفتاه، وصحح له بدخوله معه قياسا على المال يوجد في الأرض المبيعة.

فأجاب بالدخول معه كما قالا، لكن قياسا على ما في الحطاب في التناول، وهو أن المعلوم من مذهب ابن القاسم أنه لا حق للمبتاع فيما وجد تحت الارض من بئر أو جُبّ أو رخامة أو حجارة. قال في البيان : ويكون للبائع إن ادعاه واشتبه أن يكون له بميراث وإلا كان سبيله سبيل اللقطة، ويخير المبتاع في مسألة البئر والجب في نقض البيع، وفي الرجوع بقيمة ما استحق من أرضه. (هـ). على أنه قد يقال ان مسألتنا من أفراد ما ذكر بناء على أن القسمة بيع من البيوع وفيها خلاف في غير ما قسم بالتراضي دون تقويم ولا تعديل، أما هي فلا خلاف في أنها بيع كما حتى في ابن سلمون، وانظر حاشية شيخنا بناني، فقد زاد المسألة إيضاحا، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا، عن قسمة كان التعديل والتقويم فيها من الشريكين.

فأجاب : إنها صحيحة، كان التقويم والتعديل منهما أو من غيرهما كما في شرح ابي علي أو غيره حيث لا غبن في ذرع أو قيمة والقسمة بها بين المحاجير جائزة إن وافقت سدادا كما لمن ذكر وغيره حتى ابن سلمون والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عمن له جنان كبير فاشترى قسمة من آخر تلاصقه بغلق باب الكبير وجعل يدخل مع الإشراك من باب القسمة.

فأجاب : إن الإشراك منعه من غلق باب جنانه الكبير لا من الارتفاق معهم إلا أن يكون ذلك كسكة نافذة كما في المدونة في شريكين اقتسما دارا فاشترى أحد النصيبين رجل يلاصق داره ففتح إلى النصيب من داره بابا وجعل يمر من داره إلى طريق هذا النصيب هو ومن اكترى منه أو سكن معه، فذلك له إن أراد ارتفاقا ولا يمنع إلا أن يجعل ذلك كسكة نافذة. (هـ). قال أبو الحسن:قال أبو اسحاق : ما لم يغلق باب الدار الأخرى، فلا يكون له ذلك. (هـ). قال الحطاب وما قاله أبو اسحاق هو الظاهر لا شك فيه،ونحو ما في المدونة في المعيار عن أبي الضياء مصباح. وقد أتى بكلامها ابن هلال في دره مؤيدا به ما لأبي الحسن في منع من له ساقية في أرض رجل ثم اشترى نصيبا من ماء آخر زاده على

الماء الأول من الزيادة والله الموفق.(هـ). ثم سئل أيضا عن المسألة مرة أخرى **فأجاب** بمثل ما أجاب به أولا.

وسئل أيضا عن الطريق الواسعة الضيقة.

فأجاب بما في الحطاب عن أبي الحسن ابن أبي حمزة في وثائقه : إن الطريق الواسعة سبعة أذرع فأكثر، وإن الضيقة ما دون ذلك ونحوه فيه عن غيره، وفي المعيار عن ابن لب في الضيقة أنها بقدر ممشاه بدابته وبهائمه، وذلك يعلم، فالعادة في مثل ذلك. (هـ). والذي رأينا به الحكم عندنا من شيوخ النظر أن الضيقة من أربعة أذرع والواسعة من سبعة لا يختلفون في هذا، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عن طريق شهدت بها بينة.

فأجاب : إن البينة التي شهدت، بها صحيحة يجب اتباعها كيف لا ومعارضها مقر بها على قدر المرور بالرجل والبهيمة بقائد، فيكلف ثبوته وإلا بقيت على ما شهد بها من الإطلاق. وروي في سعتها سبعة أذرع، وما نقص عنها فهي ضيقة كما في الحطاب. قال:ويدل عليه ما في مسند ابن أبي شيبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الطريق الميتة سبعة أذرع. قال ابن الهندي : وقد حضرت الفنون بذلك. (هـ). وبالجملة المتنازع فيها ثابتة، والخلاف بينهم في شفعتها وضيقها لا في أصلها ولا في أنها حبس لعامة الناس، والميتة هي التي تؤتى من كل مكان، كما في بعض روايات الحديث. (هـ).

وسئل أيضا عن حريم زيتونة.

فأجاب : أن حريمها وحريم غيرها من الشجر ما يقوله أهل العلم به مما فيه مصلحة لها كما في النوادر عن مالك،والمذهب عدم تحديده بالأذرع.قاله أبو علي. (هـ).

وسئل أيضا عن شركاء في أراضي أراد بعضهم جمعها في القسم وبعضهم انفراد كل فدان به.

فأجاب بما في المتن، وأصله في المدونة، ونصها على نقل التاج. قال ابن القاسم : الأفرحة وهي الفدادين إذا كانت بين قوم فطلب بعضهم أن يجمع له في القسم نصيبه منها في موضع واحد، فإن كان بعضها قريبا من بعض وكانت في الكرم سواء جمعت في القسم وجعل نصيب كل في موضع واحد ولم يحد لنا مالك في قرب الأرض بعضها من بعض حدا، فأرى الميل وشبهه قريبا في الحوائط والأرضين وإن كانت الأفرحة مختلفة، وهي متقاربة أو كانت في الكرم سواء وبينهما متباعد كاليوم واليومين قسم كل خريج على حدته. (هـ). وهو كاف يرد من تعاصى عنه اليه،والله الموفق. (هـ).

وسئـــل أيضا عن أخوين تقاسما مراضاة أرضين خرج كل واحد منهما بواحدة وبين الموضعين بعد كثير، فأفتاهما من لا خبرة له ولا شعور بأنها قسمة لا تصح للبعد المذكور كما في ابن سلمون.

فأجاب : أن ما في ابن سلمون صحيح، ونحوه في المتن وغيره، وأصله في المدونة، لكن ذلك في قسمة القرعة لا في قسمة المراضاة كما هنا، وكما هو واضح منصوص عليه حتى في ابن سلمون، فإنه لما ذكر ما ذكره المفتي في قسمة القرعة قال في قسمة المراضاة ما نصه : وتجوز في الأشياء المختلفة الأصناف المتباينة والمتباعدة بعضها من بعض من الأرضين وغيرها. الخ... فالإعراض عن هذا غفلة أو تغافل وكلاهما مذموم. (هـ).

وسئـــل أيضا عن شركاء تقاسموا أخذ أحدهم أصلا وغيره أصلا وحليا، وكان ذلك بالتراضي.

فأجاب:إن ذلك صحيح حيث كان عن تراض ومعرفة ممن لا حجر عليه فيه لا يوهنه عدم ذكر القيمة ولا كون الحلي في أحد شقيها لأنه جائز في الدنانير كما في المدونة في التراضي لا في القرعة وهو مفاد غيرها كما في شرح أبي علي، ونص التهذيب وكذا لا يجوز أن يجعلوا دنانير ناحية وما قيمتها مثلها ناحية من ربع أو عرض أو حيوان، وأما بالتراضي في غير قرعة فجائز. (هـ). وعليه يحمل قول

الرجراجي. وأما الذهب أو الفضة، فإن كانا خالصين فإنه يقسم بالوزن إن تساوت قيمة وزنه بالقرعة وإن تساويا في الوزن دون القيمة فلا يجوز فيه القرعة ولا ينظر إلى اختلافه في الجودة إن تساويا في الوزن. وأما إن لم يكن ذلك خالصا كالحلي المنتظم بالجواهر أو سيف حلي بالنقد، فلا يخلو النقد إما أن يكون تابعا لغيره أو متبوعا، فإن كان تابعا مثل الثلث فأدنى، فله حكم العروض في البيع والقسمة على ما قاله ابن القاسم فيها، وإن كان متبوعا فله حكم الذهب والفضة في القسمة والبيع فلا تقسم إلا وزنا، ولا تجوز قسمتها بالقيمة، فإن كان ما في التركة من النقد لا يحتمل القسم، فللورثة أن يسلموه لبعضهم أو يبيعوه ويقتسموا ثمنه أو يضيفوه إلى بقية التركة. الخ...

وسئل الشيخ التسولي شارح التحفة عن متروك ميت اشتمل على عقار وعروض وحلي من ذهب وفضة فاقتسمه الورثة بينهم على أن خرج كل منهم في واجبه بالبعض من العقار والعروض والحلي من الذهب والفضة وحاز كل واجبه، غير أن قسمة ذلك الحلي لم تكن بينهم بوزن معتدل ولا ان بعضهم اخذ جميع الحلي ولا كان البيع والصرف في دينار ولا اجتمعا فيه، فهل تكون قسمتهم لذلك صحيحة ماضية؟ لازمة لكل منهم أم فاسدة، غير ماضية؟ولا لازمة كما في باب القسمة من تحفة ابن عاصم، وإذا قلتم بهذا الثاني لأن القسمة بيع، فآل الأمر إلى اجتماع البيع والصرف، فهل يجب فسخ ذلك القسم مطلقا فات بيد حائزيه أم لا أو إنما يجب فسخه ما لم يفت بما يفوت به البيع الفاسد من تغير سوى غير مثلي وعقار وخروج عن يد ببيع صحيح أو هبة أو صدقة أو حبس وتعلق حق كالرهن والإجارة وحفر بئر بأرض وغرس وبناء بشرطهما. وأما إذا فات بأيديهم بما ذكر، فإنه يمضي ولا سبيل إلى فسخه على المذهب، كما لابن رشد. ونقله عنه الحطاب عند قول المتن : وبيع وصرف، ونقله غيره من شروحه مقتصرا عليه لرجحانه. الخ...

فأجاب : الحمد لله، والله الموفق، حيث كان الأمر كما ذكرتم من ان كلا من الورثة أخذ واجبه من العروض والعقار والحلي، فالقسمة صحيحة لازمة في غير

الحلي، ولا يدخله البيع والصرف، ولا البيع والمبادلة لأن عقد القسمة يتعدد بتعدد المقسوم ولو لم تكن كذلك لامتنع قسم الحلي حيث كان معه في التركة غيره ولو مع الوزن، وقد فعل الورثة ما هو الواجب من إفراد كل صنف على حدة، وأخذ واجبه فيه. نعم، هي في الحلي فاسدة، لقول المدونة فيمن هلك وترك حليا كثيرا ومتاعا أثيرا : أن الحلي لا يقسم إلا بالوزن. اللخمي : ثم يتراضيان، فيأخذ هذا هذا، وهذا هذا، أو بالقرعة إذا استوى الوزن والقيمة. (هـ). وعليه فتنقض القسمة فيه فقط حيث كان قائما والله أعلم، وكتب عبد ربه تعالى علي التسولي لطف الله به. (هـ).

وبعده، الحمد لله. صحيح ما رسم وأجيب به أعلاه والله أعلم، وكتب موافقا على ذلك عبد ربه تعالى محمد بن ابراهيم لطف الله به آمين. (هـ).

وسئـــل الشيخ الرهوني عن رجل قام على آخر يدعي عليه أن له عنده متاع امه أثاثا أوعقارا أو نحو ذلك، وإنها ماتت عنده وبحضرته، وبقي متاعها عنده. فأجابه الآخر بأنه إن كان لأمك علي حق فهي التي تطالبني فيه، وإن ادعيت موتها فاثبته، ويعذر لي فيه على القانون الشرعي، وأنا ليس عندي وفي حوزي إلا مالي وملكحه ولا شيء عندي لك ولا لأمك. فقال له المدعي إني لم أجد من يشهد لي بموتها وعدة ورثتها لكن بيدك رسوم متضمنة اثبات موت أمي وعدة ورثتها، ولي في تلك الرسوم ما ينفعني في الاحتجاج عليك فيما ادعيته عليك، فاحضرها لي لأنتفع بها، فهل سيدي لهذا القائم سبيل الى الكلام معه قبل اثبات موت أمه، أم لا سبيل له إلى ذلك إلا بعده؟

فأجاب : ليس في مسألة السؤال رسوم ثابتة ببينة أو باعتراف، بل بمجرد دعوى هذا المدعي الذي عجز عن إثبات الموت. آخر ما هو مكلف به فهو يريد تحليفه على ذلك فلا يجاب لما أراد ولا يمين عليه في ذلك، والله اعلم. (هـ).

ووقع السؤال عن شركاء في أرض كانت بينهم مقسومة قسمة بت، كل واحد خرج بجهة يزرع فيها ويغرس ويبيع، ثم إن واحدا منهم دفع لأجنبي قطعة من جهته على وجه المغارسة وسنتها، فغرس الأجنبي وبلغ الغرس حده، وتملك الغارس

نصيبه فيما غرس واستغله مع الدافع له سنين عديدة على عين الشركاء حتى الآن حصل بينهم أي الشركاء نزاع ومخاصمة فوقع الفصل بينهم بنقض القسمة، ورجعت الأرض إلى الشركة على الإشاعة فوجد بها جنات عديدة.منها:هذه الجنة التي غرسها الأجنبي على وجه المغارسة، فهل سيدي نصيبه لا ينزع من يده لأنه غرس بوجه، وبلغ الغرس حده؟ أجيبوا مأجورين والسلام.

والجواب : الحمد لله، حيث كانت القسمة وقعت بين الشركاء في الأرض المذكورة على وجه البت،وانفرد كل بملك ما صار له،ودفع واحد منهم قطعة من نصيبه مغارسة، ثم اتفقوا على نقض القسمة، فإنها تنقض فيما هو على ملكهم فقط.أما ما خرج بالمغارسة أو غيرها، وصار ملكا للغير فلا سبيل إلى رده بنقض القسمة، لأنه لا حق لواحد منهم فيه لخروجه عن ملك سائرهم. على أن القسمة لو لم تكن على وجه البت، وإنما وقعت بينهم على وجه الانتفاع ما نقضت المغارسة أيضا لرضاهم بفعل الشريك حيث اقروا الغارس على غرسه، وسكتوا عنه ورضوا بفعله والله اعلم، وكتب عبد الله تعالى أحمد بن سودة كان الله له. (هـ).

وبعده، الحمد لله وحده، المسطر اعلاه صحيح، فالغارس المذكور لا يبطل حقه، ولا يزول ملكه، ولا يبطل سعيه والله اعلم. وكتب عبد الكريم اليازغي. (هـ). الحمد لله، ما رسم اعلاه صحيح والله أعلم، وكتب محمد الرهوني وفقه الله بمنه (هـ).

ووقع السؤال عن قسمة بت شهد بها لفيف بمعرفتهم لفلان وفلان الخ... وأنهم سمعوا منهما ـــ أي الشريكين ـــ وهما [illegible] فلان، وولد أخيه فلان، المرة بعد المرة، أنهما اقتسما البلاد التي كانت مشتركة بينهما وبين الشريفين فلان وفلان. الكائنة لهم بالمايات، قسمة بت، على أن خرج الشريفان بالقسمة بالبلاد المذكورة بكذا وخرج فلان. الخ... بكذا، وابن أخيه بكذا، وحاز كل واحد منهما فما خرج به حوزا تاما بالحرث والكراء وغير ذلك، وذلك كان بينهم نحو عامين اثنين سلفت عن تاريخه، بقي كل واحد منهما يتصرف فيما خرج به في المدة المذكورة حتى الآن، كل [illegible] في علمهم. وسمعوه منهما كما ذكر.

والجواب : الحمد لله، الشهادة أعلاه بوقوع القسمة على جهة البت بين الشريفين المذكورين ومن ذكر معهما صحيحةثابتة بالبينة أعلاه، وقد أعذر الحاكم رحمه الله للحاج علي المذكور في ذلك، فإن كان جاء بشيء فليعط منه نسخة للخصم لينظر فيه وإلا فالقسمة ماضية،والله أعلم. وكتب عبد الله تعالى محمد التاودي ابن سودة تغمده الله برحمته. (هـ)

وبعده، الحمد لله، الجواب أعلاه صحيح، فإن الشهادة الدالة على قسمة البت أعلاه صحيحة يقضي بها بعد الإعذار والله أعلم. وكتب محمد بن الحسن بناني رحمه الله.

وبعده، الحمد لله وحده، ما سطر أعلاه من صحة القسمة المذكورة ومضيها بعد الإعذار صحيح، والله أعلم. وكتب عبد الله تعالى عبد الكريم بن علي اليازغي خار الله له. (هـ).

وبعده، الحمد لله، ما قيد أعلاه من صحة القسمة ووقوعها على الوجه الأتم ومضيها صحيح لا غبار عليه، وكتب محمد بن الطاهر الهواري لطف الله به (هـ).

وسئــل بعض الفقهاء عمن توفي وترك إبنا وخمس بنات متزوجات غاب زوج واحدة منهن، وفي غيبته إقتسم البنات مع أخيهن متروك والرهن؛ثم لما قدم الزوج الغائب ادعى الغبن فيما حصل لزوجته ووافقته زوجته على ذلك، وأراد القيام به، فهل تسمع دعواهما في ذلك ام لا؟

فأجاب:إن كانت القسمة بالقرعة، نظر في دعوى جوْر أو غلط، وحلف المنكر، فإن تفاحش الغلط أو ثبت ببينة نقضت القسمة كقسمة المراضاة إن ادخلا مقوما، ثم القيام بالغبن حيث يقام به إنما يكون بقرب القسمة، وأما بعد طول واستغلال فلا يصح القيام به، فهذا ما عندي في فقه المسألة، والله سبحانه أعلم. (هـ). من نوازل الزياتي.

ومنها **وسئل** يعني الفقيه الصالح سيدي بلقاسم ابن خجو عن رجل كان مع أخيه على عولة واحدة وأملاكهما بينهما دون قسمة، توفي وأوصى أخاه هذا على أولاده، ثم إن زوجة الهالك وأحد أولادها طلبوا القسمة مع الوصي المذكور، فحلف ليقسمن معهم،وعزم على القسمة ولا بد ليبر في يمينه، وسأل عن موجب الشرع كيف تكون القسمة، هل يقدم على المحاجير من يقسم مع الوصي أو لا يحتاج إلى ذلك، بل تحضر البينة للقسمة خاصة، فإذا قسم ذلك وأخذت الزوجة حظها هل يعزل انصباؤها من انصباء أولادها ليكون نظر الوصي على مال اليتيم؟ جوابا شافيا ولكم الأجر.

فأجاب : حضور العدول مع الوصي كافٍ فيما يرجع إلى حق المولى عليهم، وتاخذ الزوجة حظها بنفسها أو بوكيل ترضاه نائبا عنها ولا يَبَرُّ الوصي الحالف إلا بعزل حظ المولى عليهم من حظ أمهم، إذ هو المراد،والله أعلم.

ثم قيد عقبه بخطه أيضا ما نصه : استدراك ذكر حامله بأنه قيل له:إن قسم الوصي التركة المحلوف على قسمها وأخذ حظه الذي يستحقه منها مميزاً من حظ المحاجير المولى عليهم يُبطل وصيته، فأجبته بأن الوصية المستقلة لا تبطل بقسم العدل المشروع، والله سبحانه أعلم، وهو الموفق للصواب.

وقيد بمحول هذا الجواب بخط القاضي أبي عبد الله محمد بن أحمد ابن الحاج قاضي شفشاون في حينه ما نصه : تعجب كاتبه من جواب هذا السيد الفاضل بمحوله، هل غاب عندما اشتهر به عمل القضاة، ولم يقف على مَالَهم في ذلك من تشهير وتوجيه، أم ذلك لمضمرات يعلمها اللطيف الخبير؟ ففي منتخب الأحكام لابن أبي زمنَيْن قال محمد : وإذا كان الوصي شريكا لمن هو في ولايته لم يجز أن يقسم على نفسه وعلى الذي هو في ولايته، ولكن يرفع الوصي ذلك للسلطان، فيقدم على المولى عليه من يقاسم الوصي، فإذا عرف حظ المولىَّ عليه رجع النظر فيه إلى الوصي، هذا إذا كانت قسمة يعرف فيها نصيب المولىَّ عليه على الإنفراد، ولو أخذ الوصي نصيبه ونصيب من ينظر إليه على الإشاعة ويكون نصيب من يقاسمه ممن ليس في ولايته ياخذه على الإنفراد لجاز فعل الوصي في ذلك

إذا كانت قسمتهم على المراضاة فلا تهمة، هذا الذي تعلمناه وسمعناه. انتهى نصه، ففي هذا القدر كفاية ومقنع لمن أراد ان ينتفع أو ينفع إذا حصل الإنصاف والائتلاف، ولم يكن ثم تنافر ولا اختلاف،إذ وجه المنع في ذلك ظاهر الوضع، لأنه من باب بيع مال المحجور من نفسه، وهو في هذا غير مسوغ له لأنه باب تهمة له، وأبواب التهم في مثل هذا مسدودة. نعم إلا إذا خرج حظ المحاجير مشاعاً مع حظه فلا تتطرق تهمة إليه في هذا الوجه،لأنه لا يختار لنفسه ومن معه إلا أقصى ما يمكنه، وهذا معنى نص ابن عاصم في رجزه حيث قال :

فإن يكن مشاركاً لمن حجر في قسمة فمنعه منها اشتهر
إلا إذا أخرجه مشاعاً مع حظه قصداً فلا امتناعا

(هـ). محل الحاجة منه.

ومنها **وسئل** سيدي سليمان الشدادي عن أملاك قسمت بالقرعة ثم ظهر غبن في بعض الأنْصِباء بما ينيف على الثلث، فهل يقام بالغبن أم لا؟

فأجاب :إذا قام صاحب الغبن بغبنه داخل السنة، وكان الغبن بالثلث فأكثر فسخ القسم وأعيد ثانيا،والله اعلم. وكنت قيدت عقبه ما نصه :

قسم القرعة يقام فيه بالغبن كما أشار إليه المجيب، ولكن لم أقف في ابن سلمون والفشتالي وشرح التحفة على تحديد الغبن بالثلث كما قال المجيب أعلاه، بل رأيتهم أطلقوا في ذلك، وإنما وقفت على هذا التحديد بالغبن المقوم به في البيع، اللهم إلا أن يقال : إن القسمة بيع من البيوع فتجري عليها أحكامه، لكن الذي استظهره ابن رشد في قسمة القرعة، أنها تمييز حق. أنظره في ابن سلمون، فالظاهر أن له القيام بالغبن في هذه القسمة مطلقا، والله اعلم. قيدته هنا لنعيد نظراً في المسألة وبحثاً عن حكم الله فيها. (هـ). وفي نوازل المعاوضات من المعيار، وقال أيضا يعني أبا سعيد بن لب : إذا ظهر الغبن في القسمة بالأمر البين لأجل ما غاب عن شهود السداد من الغبطة في بعض المواضع لكثرة شربه، فمن الواجب على القاضي أن يستدرك ذلك بما يجب. (هـ) المراد منه . وفيه بعد

بورقات من جواب للسرقسطي : إذا ظهر الغبن في قسمة المراضاة بعد التقويم، كان للمغبون الرجوع بما غبن به. (هـ).

وسئـل اليزناسني رحمه الله عن أخوين اقتسما أرضا ورثاها عن أبيهما فصار في نصيب أحدهما الأرض المتصلة بالطريق المذكور، وصار قسمة الآخر لا مدخل لها إلا في قسمة أخيه المتصلة بالطريق، ولم يذكر حين القسم أنه يمر في قسمة أخيه ولا منعه من ذلك، وأراد صاحب القسمة التي لا مدخل لها المرور في قسمة أخيه إلى قسمته المذكورة، فمنعه من ذلك أخوه، فهل يا سيدي يصح القسم ويكون له المرور على قسمة أخيه أم له منعه حتى يعاد القسم؟

فأجاب : الجواب، إن له الطريق على الآخر حتى يشترط أن لا طريق، هذا هو المذهب، وإن كان فيه خلاف، وكتب ابراهيم بن عبد الله اليزناسني. (هـ). من المعيار، ثم ذكر جواب أبي الضياء وقال بعده : هذه المسألة اختلف فيها على ثلاثة أقوال ذكرها ابن العطار وغيره في الدار إلى قوله : ومخارج الأنصباء ومداخلها يكون على الباب القديم في قول ابن القاسم، ويقضى لهم بذلك على الذي وقع الباب بنصيبه، وعلى الذي صارت القناة في نصيبه، ثم ذكر ما لعيسى بن دينار وما لعبد الملك بن حبيب. قال ابن العطار : إن العمل على قول ابن القاسم، وكذا أجاب به اليزناسني رحمه الله وهو من قضاة العدل، وفي المختصر : وصحت إن سكت، أنظر شروحه في المحل المذكور. وفي ابن سلمون : وإذا سكت عن المدخل والمخرج والمجرس وصار ذلك في حظ أحدهم. فقال ابن القاسم : تصح القسمة ويشتركون في دخول وخروج وصب ماء، وتكون رقبة ذلك للذي صار له. (هـ). ومن نوازل مازونة من جواب لسيدي عيسى الغبريني أنه لا يجوز للشريكين في الزرع أن ياخذ أحدهما عرمة اليوم والآخر عرمة غده، وأن المتعاشرين يجوز أن يخرج أحدهما الغداء والآخر العشاء (هـ). ومنها وتجوز قسمة البصل بالتحري بشرطين أحدهما أن لا ياخذ أحدهما أكثر من صاحبه الثاني أن يكون البصل صفقة واحدة. (هـ).

فائدة : ومن نوازل ابن هلال ما نصه : وقسم الطعام وهو صبرة بين

الشركاء بمكيال معلوم أو بمجهول جائز،ولا يجوز قسمه بما يتسع أحيانا كالقفة والغرارة، وإنما يقسم بمثل القصعة والمد، وإنما الذي لا تجوز قسمته بمكيال مجهول إذا كان الطعام من صبرتين مختلفتين. (هـ).

ووقع **الجواب** عن قسمة بعض الورثة دون بعض بما نصه : الحمد لله، حيث لم يستوعب القسمة أعلاه الورثة كلهم، فهي منقوضة ويستأنف بعدها قسمة أخرى علي المبيع الشرعي، ففي الجواهر الثمينة جواب لأبي حامد سيدي العربي الفاسي ما نصه : إذا كانت القسمة مخالفة لعدة الورثة وأنصبائهم ولم يرض بذلك الشركاء ولم يثبت رضاهم قولا ولا حكما، وهم مالكون أمر أنفسهم فالقسمة غير صحيحة تفسخ وتعمل الفريضة بينهم ويقتسمون الآن على فرائض الله تعالى. (هـ). وكتب عبيد الله سبحانه محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته بمنه.

وسئـل من يتسمى عمن مات واقتسم ورثته تركته أثاثا وأصلا بعد تقويمه بأهل المعرفة، وتعديله قسمة مراضاة ثم بعد مضي أكثر من ثلاث سنين كشف الغيب أن عند بعض الورثة زيادة نحو المائتي مثقال على واجبه، فهل ينقض الكل من أصله أو من عنده الزائد يرده على من عداه، وتبقى القسمة الأولى على حالها، أجيبوا مأجورين والسلام. (هـ).

نص **الجواب** : الحمد لله، إن قسمة المراضاة بعد التقويم والتعديل جائزة على كل احد حتى على المحاجير ولا يقام فيها بالغبن،كما قاله ابن مغيث ونظمه صاحب العمل فقال :

قسم المراضاة والاتفاق لا تسمع دعوى الغبن فيها مسجلا

وحيث تصرف كل واحد من الورثة فيما أخذه بالقسمة المدة المذكورة فلا يسمع قول من أراد نقضها. قال ابن سلمون : وإذا اجتمع الشركاء على القسم وقعد أحدهم وقسم الباقون وعرف قسمته وموضعه، فمكث ولم يغير بقرب ذلك لزمه القسم ومضى عليه. (هـ). وطرو المال المذكور والعلم به عند أحد الورثة لا

يبيح نقض القسمة بل كل وارث ياخذ واجبه فيه، ، بل لا شيء للورثة لطول المدة. وقد تعقبه في الجواب الذي بعده كما يدل عليه قول خليل:والمقسوم كدار، والله أعلم. وكتب عبد ربه تعالى، محمد بدر الدين الحسني لطف الله به. (هـ).

وبعده، الحمد لله، ما رسم أعلاه من جواز القسمة الموصوفة حتى على المحاجير وكونها لا يقلع فيها بالغبن على المعمول به صحيح. ففي المقدمات والمتيطية : وأما قسمة المراضاة بعد التقويم والتعديل فتصح في الجنس الواحد، وفي الأجناس المختلفة المتباينة، وفي المكيل والموزون إلا فيما لا يجوز فيه التفاضل من الطعام. انتهى باختصار.

وظاهر أنه لا وجه لنقض القسمة المسؤول عنها لأنه لم يطرأ بعدها موجب لذلك، مما أشار له خليل بقوله : وإن استحق نصف أو ثلث خير لا ربع وقسمت في الأكثر إلى قوله : والمقسوم كدار. وقال بعد : وإن طرأ غريم، إلى قوله : اتبع كل بحصته. (هـ). وفي المعيار عن أبي إبراهيم لما سئل عن قسمة وقع فيها غبن وطالت مدة ذلك أكثر من سنة ما نصه : لو مكن الناس من هذا، أي من نقض القسمة لم تستقر لهم قسمة.ولا معنى للسؤال عن هذا بعد عام، فكيف بعد المدة التي ذكرت. (هـ). وفي التحفة :

والغبن من يقوم فيه بعدا أن طال واستغل قد تعدى

وفي أحكام ابن سهل الكبرى : وحد أبو إبراهيم عدم النقض أي نقض القسم للغبن بالعام،ويفيته أيضا البناء والغرس. (انتهى). بلفظه،والله اعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته.

ووقع **السؤال** عن وصي على محجورتين مشتركتين معه في أصول ثم إنه عمد إليها وقسمها،فخرج لنفسه ولأشقائه من إخوته بأصول لها بال، وللمحجورتين المذكورتين:أختيه للأب بنصف دار. فهل تنقض القسمة لظهور المحاباة؟

والجواب : الحمد لله، إخراج الوصي البنتين المذكورتين من الأصول المعتبرة ذوات الغلل كالجنات والحوانيت والأطرزة، وأخذ ذلك لنفسه وأشقائه وتعويضهما عن

ذلك نصف دار يصرف كراؤها في إصلاحها ولعلها يسكنها المخرج أو من اتصل به من الفساد في الأرض الذي لم تات الشريعة الحنيفية بمثله، ولا يقول بجوازه أحد من المسلمين. قال تعالى : ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾. وقد نص أئمتنا على أن النائب عن غيره لا يتصرف إلا بالمصلحة. قال أبو عمر : اتفق أهل العلم أن النائب عن غيره في بيع أو شراء من وكيل أو وصي إذا باع أو اشترى بما لا يتغابن الناس به أنه مردود. وقال في المدونة : وإذا قاسم عن الصغير أبوه فحابى لم تجز محاباته في ذلك ولا هبته. وقال القرافي : كل من ولى ولاية فهو معزول عن المفسدة الراجحة والمصلحة المرجوحة، ولا يتصرف من ولي ولاية الخلافة فما دونها إلى الوصية إلا بجلب مصلحة أو درء مفسدة. لقوله تعالى : ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ والله أعلم. وكتب محمد التاودي ابن سودة.

ووقع **الجواب** عمن اقتسما دارا محبسة قسمة منفعة على أن يسكنها هذا عاما وهذا مثله بما نصه : الحمد لله، قسمة المهايات المشهود بها أعلاه صحيحة لازمة لكل من المتقاسمين المذكورين، ولا يجوز لأحدهما الخروج عما شرطه الآخر عليه، ففي المختصر : القسمة تهايؤ في زمن كخدمة عبد في شهر أو سكنى دار سنين كالإجارة أي في اللزوم وتعيين المدة. قال الحطاب : ويشمل كلامه ما إذا كان المقسوم متحدا ياخذه كل واحد مدة معينة. (هـ). ابن رشد. وأما التهايؤ في الدور والأرضين فيجوز فيها السنين المعلومة والآجال البعيدة ككرائها. قاله ابن القاسم.ابن عرفة:قسمة المهايات بالنون والياء هي اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمنا معينا من متحد أو متعدد، وتجوز في نفس منفعته لا في غلته. وفي التوضيح عن عياض : وهي قسمة المنافع بالمراضاة لا بإجبار. (هـ). وذكر ابن رشد وعياض: أن قسمة المهاياة ضربان، إلى أن قال : والضرب الثاني أن تكون المهاياة في عين واحدة بالأزمنة، كدار يسكنها هذا شهراً، وهذا شهراً. (هـ). قال في المقدمات بعد كلام : ولا قيام لواحد منهم فيها على صاحبه بالغبن لأنه لم ياخذ ما أخذ على قيمة مقدرة. (هـ). وفي الجزيري : واختلف في قسم الحبس للاغتلال فكرهه قوم وأجازه آخرون لما في الإشاعة من التعطيل له والتضييع. (هـ). ومثله في المتيطية. وزاد : وقد جرى العمل باقتسامه. قال الباجي في وثائقه يريد قسمة الغلة

والمنفعة لا قسمة الأصول. (هـ). نقله القاضي أبو علي الحسن بن عطية الونشريسي حسبما في المعيار، وممن نقل هذا العمل صاحب اللباب، وابن عات في الطرر، وولد ابن فرحون في المسائل الملقوطة، والمكناسي في مجالسه. والله الموفق. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته. (هـ).

وسئلت عن جماعة من الناس تنازعوا في الحد الفاصل بينهم في غابات زيتونهم وفي فدادينهم، فحكم القاضي بأن يخرج أرباب البصر ويشهدوا بما ظهر لهم. فهل إن خرج أرباب البصر وشهدوا به لأحد الفريقين يستحقه دون يمين أو لا بد منها. الخ...

فأجبت : الحمد لله، لا بد من اليمين لأنهم لا يقطعون بالمشهود به وإنما يستندون لأمارات قد تتخلف، فلا بد من اليمين. قال ابن عرفة : قال سحنون : ما نبت في التخم أو الجسر بين أرضين من زرع وغيره، فهو بينهما، ولو اختلفت الزريعة، ابن عات. قال غيره : وكذا الشجر، فإن غرس أحدهما فيه شجرة فله نصفها ونصف قيمتها مقلوعا. (هـ). زاد ابن عات : وهذا يدل من قوله على أن التخم بينهما من الاستغناء. (هـ). وقال في المقصد المحمود : إذا اختلف الرجلان في التخوم، وكل واحد يدعيها لنفسه فهي كمسألة الجدار ولا يعتبر، بارتفاع التخم في حد أرض أحدهما على أرض صاحبه وإن شهد به أهل البصر لأحدهما قضى له به مع يمينه، وليس لمن وجب له أن يعمره مخافة أن يفنى أثره فيقع الالتباس إلا أن تكون العمارة لا تغيره، فلا يمنع. وقيل في التخم المرتفع : إنه للأرض العليا، لأنه رفادة لها لئلا تنهار، وهو قول حسن، والاحتياط للدين أن لا تغير التخم لقوله ﷺ ملعون من غير تخوم الأرض ومن ترك شيئا لله لم يوجده الله فقده (هـ). وقال ابن سلمون وإذا تداعى رجلان حائطا بينهما فلم يقدر أحدهما على إثباته وقف إليه شاهدان من أهل البصر، فإن شهدا به لأحدهما بما يظهر من عقوده ودلائله حلف معهما وكان له، ولا بد من يمينه معهما بخلاف إذا قام له شاهدان بأصل ملكه فلا يحتاج إلى اليمين. فإن أشكل أمره حلفا، وكان بينهما، ومن نكل منهما لم يكن له فيه حق. والتخم الفاصل بين الفدادين ونحوها كالحائط سواء، فإذا دعاه

أحدهما فعليه إثباته، فإن عجز قسم بينهما بعد أيمانهما، فإن شهد أهل البصر أنه لأحدهما فيكون له مع يمينه ولا عبرة بأن يكون التخم مرتفعا في حد أرض أجدادهما. وقيل إنه يحكم به للأرض العليا التي هو فيها. (هـ). قال في المصباح : التخم حد الأرض، والجمع تخوم مثل فلس وفلوس. وقال ابن الأعرابي وابن السكيت : الواحد تخوم والجمع تُخَم. مثل رَسول ورُسُل. (هـ). الصحاح، التخم منتهى كل قرية أو أرض. وفيه كفاية والله أعلم. المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئـل الشيخ الرهوني عن مسألتين وقعت فيهما مناظرة بين فقهاء سلا رحمهم الله.

الأولى : ما تواطأ عليه قضاة هذا القطر المغربي في هذا العصر تبعا لمن تقدمهم من القضاة من القسم من الأشراك بإرث أو غيره لما في حوزهم من غير تكليفهم بإثبات ملكهم أو ملك من ورثوه عنهم، هل ذلك غير جائز لهم، وبه قال أحد المتناظرين محتجا بقول التحفة :

وحيث كان القسم للقضاة　　فبعـد إثبـات لموجبـات

ونص عليه غير واحد من الموثقين. وقال : إن به العمل ووجهوه بأنه قد يقسم بينهم ما لا ملك لهم فيه. وقال مناظره إن ذلك جائز وحاشا أن يتواطأ قضاة المسلمين في أعصر متعددة على فعل ما لا يجوز لهم مع وجود العلماء وفرهم الله في كل عصر، وكثرتهم، وكونهم يفتون بصحة ما يقع من ذلك ولا ينكرون شيئا منه، والخروج عما به العمل لا يجوز. فقال المناظر الأول : إن العمل لا يعتبر إلا إذا كان مستندا لقول في المذهب وإن كان ضعيفا، وذلك لا يوجد هنا، فقال مناظره هذا يرد من وجوه، أحدها : ان في قول الموثقين لا يجوز ذلك إلا بعد ثبوت الملك على ما جرى به العمل، إشعارا بأن لما به العمل مقابلا لم يجر به عمل وعدم اطلاعنا عليه لا يقدح فيما جرى به عمل قضاة الإسلام، ووافقهم عليه علماء أعصارهم بالسكوت والفتوى بصحته. وثانيها : إمكان الجمع بين ما للموثقين ما

عليه عمل القضاة بأن يقال : محل المنع في قول الموثقين في حكم القاضي بصحة ذلك، فهو الذي لا بد فيه من ثبوت الملك والحيازة. الخ...

وما جرى به عمل القضاة في الحكم بالموجب فقط، ومن أوجه الفرق بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب ما في تبصرة ابن فرحون أن الحكم بالصحة منصب إلى إنفاذ العقد الصادر من بيع أو وقف ونحوهما،والحكم بالموجب منصب إلى ثبوت صدور ذلك الشيء، والحكم على من صدر منه بموجب ما صدر منه، ولا يستدعي ثبوت أنه مالك مثلا إلى حين البيع أو الوقف ولا بقيمة ما يعتبر في الحكم بالصحة. الخ... وذكر قبل ما نصه : قال تقي الدين : الحكم بالصحة، يستدعي ثلاثة أشياء : أهلية التصرف، وصحة صيغة فيحكم بموجبها وهو مقتضاها، ومعناه إن كان مالكاً صح الحكم، لأن مقتضاها موجب ذلك، وكأنه حكم بصحة تلك الصيغة الصادرة من ذلك الشخص فلا يتطرق إليه نقص من هذا الوجه إلى أن قال :

تنبيه : وإنما جاز الحكم بالموجب مع عدم ثبوت الملك لأنه قد يعسر ثبوت الملك.الخ...

وما ذكره من أنه قد يعسر إثبات الملك سياتي عن ابن الناظم نحوه، ومما يدل لكون القضاة إنما وقع ذلك منهم بالحكم بالموجب، كون موثق الإشهاد على المتقاسمين يقول في آخر الوثيقة : ولما خرج كل واحد بما خرج به عوضا عما خرج عنه تبارءوا بينهم وطولع بذلك الفقيه الأجل قاضي موضع كذا، وهو فلان أعزه الله وحرسه فوافق عليه وأمضاه لثبوته عنده وصحته لديه.الخ... فلم يحك عن القاضي سوى موافقته لما فعلوه بينهم وإمضائه له لثبوته عنده وصحته، ولم يتعرض لثبوت الملك عنده ولا لصحته لهم. ثالثها : وفيه مستند ما جرى به عمل القضاة قول التبصرة في فصل تضمن الحكم بالموجب الحكم بالصحة، ما نصه : قال الشيخ سراج الدين : واعلم أن الذي تقدم في الحكم بالموجب من أنه لا يقتضي استيفاء الشروط المعتبرة في الحكم، وأنه الذي جرى به عمل القضاة يخالف ما نص عليه الإمام الشافعي، وما نص عليه المالكية في القسمة وهو أنه إذا

كان بأيدي جماعة أرض أو غيرها فجاءوا إلى الحاكم وطلبوا منه القسمة ولم يثبتوا أنها ملكهم، فإن الواجب على القاضي أن لا يجيبهم، ويقول لهم : إن شئتم فاقسموا بين أنفسكم أو يقسم بينكم من ترضون، وإن شئتم قسمتي فأقيموا البينة على أصول حقوقكم منها، إلى أن قال : وقيل يقسم القاضي بينهم ويشهد على أنه قسم على إقرارهم. (هـ). وفي نقل ابن الناظم عن ابن أبي زمنين عن ابن حبيب عند قول التحفة، وحيث كان القسم للقضاة. الخ... بعد كلام، ما نصه : وإن كانت قرية فلا يجوز أن يأمر بينهم بالقسمة حتى ياتوه بحوز ما كان لهالك منها وصفته في كتاب وشهود يعرفونه للهالك عنه أو في يده وعمارته حتى هلك خيفة أن يدخل في قسمتهم ما ليس لهم بحق، ثم قال ابن الناظم : العمل في التوثيق على إثبات المال والملك، وفي هذا النقل عن ابن حبيب ما يشعر بأنه يكتفى بالشهادة بسكنى الدار، سكنى المالك، وعمارة الأرض كذلك. فتأمله. فقد يفتقر له في بعض المواضع ويكلف الورثة على ما اقتضى عمل أهل التوثيق ما لايلزمهم أو الشهود ما لا يعلمون. (هـ). تأمل قوله : يكلف الورثة على ما لأهل التوثيق ما لا يلزمهم. الخ... وقد وقع في جواب لابن لب نقله في آخر المعاوضات من المعيار في كلامه على مسألة الكروم المجزات بعد إنقال ما نصه : وهذا الذي ذكرته مظنة إباحة لا على الجزم بالإباحة بسببه، وذلك أن ما جرى به عمل الناس وتقادم في عرفهم وعادتهم ينبغي أن يلتمس له مخرج شرعي ما أمكن من خلاف أو وفاق، إذ لا يلزم ارتباط العمل بمذهب معين ولا بمشهور من قول قائل. (هـ). المراد على أن قول ابن الناظم فقد يفتقر له في بعض المواضع مع قوله : ويكلف الورثة على ما اقتضى عمل أهل التوثيق ما لايلزمهم أو الشهود ما لايعلمون. (هـ). فيه دليل على أن محل الجواز الحكم بالموجب كما تقدم، وإلا كان عاما في كل المواضع.الخ..

الثانية : ما تقدم من كلام ابن لب، هل مفاده إذا جرى عرف الناس بقول في المذهب، وبه قال أحد المتناظرين أو سواء جرى على قول في المذهب أو خارجه وبه قال مناظره محتجا بقول الشيخ ابن لب، يلتمس له مخرج شرعي ما أمكن من خلاف أو وفاق، إذ مراده بالخلاف ما هو خارج المذهب، وبقوله : إذ لا يلزم ارتباط العمل بمذهب معين.الخ...إذ مراده بالمذهب أحد المذاهب، ومراده

بالمشهور من قول القائل على خلاف المشهور، كان ذلك في مذهبه أو خارجه لأن العمل يصيره معينا راجحا؟ فبينوا لنا.

فأجاب رضي الله عنه عن الأولى أن تواطؤ قضاة العصر على ما ذكرتموه دعوى غير مسلمة بالمشاهدة، وإن وقع من بعض فلا عبرة به لما نص عليه المحققون كابن عرفة وغيره، من أنه لا يعتبر من أحكام قضاة وقتهم إلا ما وافق المشهور، أو مذهب المدونة أي على ما نص عليه المحققون، وجرى عليه العمل إلى الآن بل ذلك في وقتنا أحرى، كما قاله شيخنا الإمام ابن سودة وغيره. والعمل المقدم على المشهور له شروط لا بد من ثبوتها، وقد ذكرها شيخ شيوخنا خاتمة المحققين سيدي أحمد بن عبد العزيز فيما وجد من شرحه للمختصر عند قوله : مبينا لما به الفتوى وحقق ذلك على عادته، فلا معنى للوقوف مع ما ذكرتموه من كلام ابن لب وتجويز احتمال أن يكون أراد من هو خارج المذهب. وهذا يغني عن الجواب عن الثانية، إذ لو فرضنا أن ابن لب صرح بأنه أراد قول قائل خارج المذهب، لم يعول عليه اليوم، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى محمد بن احمد الحاج وفقه الله. (هـ).

وسئلت عن معصرة مشتركة بين رجلين أحدهما يملك التسع فيها، والآخر يملك الباقي، فأراد أحدهما قسمة الأيام بأن ياخذ صاحب التسع يومه يكريه أو يفعل به ما بدا له ولا كلام له فيها في ثمانية أيام، وياخذ الآخر في ثمانية أيام، ولا كلام له فيها في يوم، وأبى من ذلك صاحب التسُع، وقال : إنما ياخذ التسع في كل ما تحصل من دوران الرحى، والسلام.(هـ).

فأجبت : الحمد لله، لا يجبر صاحب التسع على القسم بالأيام لما تقرر أن قسمة المنافع لا يجبر عليها من أباها. قال الزرقاني على قول المختصر : كخدمة عبد شهرا أو سكنى دار سنين كالإجارة، ما نصه : فهم من التشبيه أن المهايات إنما تكون بتراض، وهو كذلك لأن الإجارة كالبيع، فلا يجبر عليها من أتاها. (هـ). ولأنه لو أخذ يوما فقط من تسعة أيام لم يجد من يكتريه منه إذ لا يتأتى العصر في يوم واحد غالبا فيكون في القسمة على الوجه المذكور ضرر به، وفي الحديث : لا

ضرر ولا ضرار. وأما ما نقله العلامة السجلماسي من أن القاضي سيدي عيسى السجستاني **سئل** عن معصرة بين رجلين عند أحدهما ما يطحن فيها وليس لشريكه ما يطحن، فإن أراد الذي عنده الزيتون أن يطحن فمنعه الآخر إلا بالكراء، هل له أن يطحن في نوبته وهل له أن يناوبه إن أراد ذلك، أو ليس له ذلك إلا برضى الآخر؟

فأجاب : إنه ليس له أن يمنعه الطحن في نصيبه،وليس له أن يلزمه الكراء. والمسألة منصوصة. (هـ). فمخالف للمعمول به من أن الشريك إذا منعه الطحن فيها ولم يتراضيا على شيء تكرى عليهما معا ويقتسمان الكراء، كما سياتي. ومخالف أيضا لما أفتى به ابن رشد في نوازله حين **سئل** عن مركب بين رجلين، أراد أحدهما أن يسافر في حصته إلى العدوة وليس للآخر ما يحمل في حصته ولا وجد من يكريه، فهل له نصف ما حمل شريكه من الكراء؟ **فأجاب** : للذي لم يجد ما يحمله في نصيبه أن ياخذ شريكه بحصته من الكراء وله منعه من السفر حتى يعامله على ذلك أو ينفصل من المركب ببيعه وقسمة ثمنه. (هـ). وذكره البرزلي وزاد بعده.

قلت : والدواب والعبيد حكمهما حكم المركب. (هـ) وأيضا النزاع هنا في قسمة منفعة الأرحى بالمياومة جبرا وليس في جوابه تصريح بذلك ولو صرح به لكان مردودا عليه لما قاله بعض المتأخرين أن من أبى من قسمة المنافع من الشركاء لا يلزم بها ولا يجبر عليها لأن قسمة المنافع إنما تكون بالتراضي، كما قاله الباجي وابن رشد في المقدمات، ومثله في معين الحكام، وذكر ذلك غير واحد من شروح المختصر، كالمواق والبساطي والخرشي في كبيره والسنهوري وغيرهم. (هـ).

فتبين من هذا أن من أفتى بقسم الأيام جبرا لا معول عليه، ولا التفات بحال إليه، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

قلت : وفي جواب شيخنا قاضي الجماعة بفاس المرحوم بكرم الله العلامة مولاي محمد بن عبد الرحمن العلوي ما نصه : مسألة دار مشتركة بين رجلين تقبل القسمة ولم يتحدد مدخلهما فيها وتنازعا في كيفية الانتفاع، طلب أحدهما سكنى

قدر حظه ولا عليه في الغير، وطلب الآخر المزايدة ليسكنها واحد فقط فما الحكم؟

الجواب والله الموفق، إن الدار حيث كانت على الوصف المذكور، فالحكم فيها أن الشريكين إن تراضيا على شيء فعلى ما تراضيا عليه، وإلا أكريت عليهما واقتسما الكراء على نسبة ما لكل. هذا الذي به عمل فاس، ودليله ما في شرح العمل عند قول ناظمه :

وليس يجبر على المقاومة ...الخ.

عن ابن هارون في اختصار المتيطية، ونقله ابن عاشر أيضا عند قول خليل في فصل الكراء : وإن اكتريا حانوتا فأراد كل مقدمه...الخ. ونصه، بعد كلام : فإن احتمل القسم قسم بينهما وإلا تكارياه، أو أكري عليهما واستدل لذلك في الشرح بما لابن القطان في مسألة الدار المشتركة، حيث قال : يقال لهم إن اتفقتم الآن على التقاوم في الكراء إلى أن ينعقد البيع فتقاوموها، ثم يسكنها من أراد. وإن أبيتم أخليت منكم، ثم أشيدت للكراء...الخ. وكذا ذكر في التنبيه الثاني عند قول الناظم: وما على الشريك يوما إن سكن...الخ. عن ابن رشد وابن يونس واللخمي ما يدل لذلك. وكذا ذكر الحطاب ما يدل لذلك أيضا. ووجه العمل ظاهر، إذ لولا الفصل على الوجه المذكور ما انقطع النزاع، ولضاعت الغلة ووقع الخراب، وغير خاف أن ما به العمل مقدم على غيره. انتهى الغرض منه.

وسئلت عما يفهم من الجواب ونصه : الحمد لله، حيث ثبت بشهادة أرباب البصر أن الدار المذكورة تقبل القسمة أثلاثا، وطلبها بعض الشركاء فيجبر على ذلك من أباها، لقول المختصر : وأجبر لها كل إن انتفع كل أي يجبر على القسمة كل من أباها إن انتفع كل واحد من الشركاء، الأبي وغيره. وأصله في المدونة والتلقين للقاضي عبد الوهاب ونقله غير واحد. وأما شرط اتحاد المدخل في القسمة فقال الشيخ ميارة على قول المدونة : واذا دعا أحد الشركاء إلى قسم ما ينقسم من ربع أو حيوان أو عرض وشركتهم بمورث أو غيره أجبر عليه أباه. ما

نصه : قيده بعض المتأخرين باتحاد المدخل قائلا : إن اتحاد المدخل شرط في القسمة الجبرية كما هو شرط في بيع الصفقة، نص عليه عياض وإياه تبع بهرام. (هـ). ومثله في الزرقاني عند قول المختصر : أو اشترى بعضا!لكن بحث فيه الشيخ بناني فقال : هذا غير صحيح، بل النقل صريح في خلافه، انظر ابن غازي وغيره. ولم يشترط أحد في المقاسمة اتحاد المدخل. (هـ). وسلمه الرهوني ويؤيده قول المتيطي في كتاب الشفعة : من أوصى بثلثه للمساكين، فباع الوصي ثلث أرضه فلا شفعة فيه، لأن بيع الوصي له كبيع الميت. قاله سحنون. وقال غيره : فيه الشفعة للورثة. قال ابن الهندي وهو الأصح، لدخول الضرر على الورثة وربما آل ذلك لإخراجهم من ملكهم إذا دعى مشتريه إلى مقاسمتهم ولم يحتمل القسم. (هـ). فهو يفيد أن متشري الثلث يقاسم الورثة إذا كان مما يحتمل القسم. تأمله. وغير خاف أن مدخل مشتري الثلث غير متحد مع الورثة، والله أعلم. قاله وكتبه ربه تعالى المهدي العمراني لطف الله به. (هـ).

ووقعت نازلة رجل كانت له أمة عندها ولد منه، فمات وهي مرضع لهذا الولد، ثم بعد عام ونصف مات الولد، فأراد العصبة قسم التركة، فادعت الأمة أنها حامل من سيدها، فوجه القاضي إليها اثنتين من القوابل، فشهدتا بأن حملها مشكوك ولم يتحقق لهما أمرها من الحمل وعدمه، لكونها حديثة العهد بفطام رضاع رضيعها، وأشكل عليهما حملها بذلك، لاحتمال ضعف جنينها بسبب الرضاع...الخ. ثم بعد مضي أحد عشر يوما، وجه القاضي إليها أربعة من القوابل الاثنتان الأوليان واثنتان أخريان، فشهدن بأنها حامل من ثلاثة أشهر قبل وفاة سيدها، إلا أنه راقد من أجل الرضاع...الخ. فأدى القاضي الشهادة الثانية دون الأولى. فأفتى فيها بعض المعاصرين بما نصه : الحمد لله، الشاهدات بالحمل أعلاه لا يقضى بها شرعا، للتناقض الحاصل من بعض القوابل فقد شهدن أولا بالشك، ثم ثانيا جزمن بالحمل. وهل هذا إلا تهافت ؟ وقد ذكر شروح التحفة قاطبة أن مما يبطل الشهادة الاضطراب. ومن المعلوم أن الشاهد إذا سئل فشك ثم جزم، ثانيا : إن كان مبرزا فاق أهل زمانه في العدالة والديانة، قبلت شهادته وإلا فلا، حسبما في المختصر، المبين لما به الفتوى. ونصه:عطفا على ما يشترط فيه التبريز

وذاكر بعد شك...الخ. ولا فرق بين الذكر بعد الشك والجزم بعده، كما هو واضح. وأين التبريز في النساء ؟ فقد انعدم في جل الرجال فضلا عن النساء. ومما يبطل تلك الشهادة أيضا الريبة الواضحة التي لا تخفى على أحد، وكيف لا والواطىء توفي لمدة تقرب من الحولين، وما حدث ذكر حمل قط إلى أن قام بزعمه هذا الزاعم، وهل هذا إلا من الفجور الذي يجب على الولاة قمع أصحابه وزجرهم، وقد ذكر ابن فرحون في تبصرته نقلا عن القرافي أن مدار قبول الشهادة، وردها على غلبة ظن الصدق وعدمه، ونقله أبو علي في الارتفاق وسلمه. ومما يبعدها أيضا قولهن : حامل من ثلاثة أشهر قبل وفاة السيد، وهل هذا إلا رجم بالغيب، لأن الحمل وإن كان لا يظهر في أقل من ثلاثة أشهر كما في التحفة، لكن هذه مدة مديدة معدودة له، لو كان لظهر له أثر قطعا، كما لا يخفى. وبالجملة، فلوائح البهتان لائحة على صفحات هذه الشهادة، فتنبذ وتطرح، ولا يعمل بها لما ذكرنا. وقيده لسائله محمد بن التهامي الوزاني لطف الله به. (هـ). وتقييد عقبه، الحمد لله، ما سطر المفتي أعلاه صحيح، وما نقله في عين النازلة صريح، فلا يحتاج إلى مزيد تصحيح...الخ.

فسئلت عن الشهادة والفتوى بتصحيحها.

فأجبت:الحمد لله، شهادة القوابل المشار إليها صحيحة لا غبار عليها، إذ المقرر في دواوين الفقه أن شهادة اثنتين من النساء كافية في ثبوت الحمل، فكيف بشهادة أربع. قال في المختصر : ولما لا يظهر للرجال امرأتان كولادة وعيب فرج واستهلال وحيض. (هـ). وفي التحفة أيضا ما نصه :

وفي اثنتين حيث لا يطلع   إلا النساء كالمحيض مقنع

أي في اثنتين من النساء قناعة واكتفاء، حيث يكون الأمر من شأنه أن لا يطلع عليه ولا يباشره غيرهن، ومثل ذلك في المدونة وابن عرفة وغيرهما. فهذه نصوص صريحة في عين النازلة، فيجب اتباعها والوقوف عندها. وأما قول المفتي أعلاه : الشهادة بالحمل أعلاه، لا يقضى بها شرعا للتناقض...الخ. فليس بشيء لأمور؛ أحدها : أن من شرط التناقض الاتحاد في الزمان، كما هو معلوم. وهنا لم

يتحد زمان الشهادتين، لأن بينهما أكثر من عشرة أيام. ومن الواضح أن الحمل بعد تكونه يزداد نموا وظهورا بازدياد الأيام ومرورها عليه، ومرة يتحرك ومرة لا، فيجوز أن يكون توقفهما أولا، لعدم كون الحمل واضحا. وجزمهما ثانيا، لوضوحه وظهوره عندهما، فلا تناقض لاختلاف سبب التوقف أولا، وسبب الجزم ثانيا. بل توقفهما أولا وجزمهما ثانيا بعد مرور تلك الأيام ووجود ما يقوي شهادتهما من شهادة القابلتين الجازمتين، دليل على صدقهما وتحريهما في الشهادة لمن أنصف. ثانيها : أن ما استشهد به من قول المختصر : وذاكر بعد شك، يرد ما زعمه من التناقض إذ لو كان فيها تناقض لم تقبل من المبرز ولا من غيره لأن التناقض مبطل للشهادة مطلقا وهو قد صرح بقبولها من المبرز. ففي كلامه تناقض، تأمله.

ثالثها : أن النزاع هنا في الحمل إنما هو لأجل قسم التركة الآن، أو وقفها حتى يتحقق ثبوته أو نفيه. وقد نوصا على أن التركة توقف لمجرد دعوى المرأة أنها حامل، ولو شاكة فيه. قال ابن مرزوق على قول المختصر ووقف القسم للحمل...الخ. نقلا عن ابن رشد ما نصه إن كان في الورثة امرأة. وسئلت عن الحمل فإن ادعته وقف القسم للوضع أو الإياس من الحمل. وإن نفته صدقت وقسمت التركة، وإن قالت لا أدري آخر حتى يتبين نفيه بحيضة أو مضى أمد العدة ولا ريبة. انتهى منه. ونحوه في المواق عند قول المختصر : وأخرت لا دين لحمل...الخ. وقال ابن هلال : فإن رجعت عن إقرارها بالحمل، فلا تصدق حتى تمضي عدة الوفاة وتشهد القوابل بأنها ليس بها حمل ظاهر فتقسم التركة حينئذ. (هـ). وهذا الوجه وحده كاف في إبطال تلك الفتوى وبيان ذلك أن مجرد قول المرأة ولو بلا بينة يكفي، فأحرى مع الشهادة على حملها وبهذا جرى العمل بفاس قال ناظمه :

ووقف قسم مطلقا إذا ادعى حمل لزوجة لهالك نعى

قال المحقق السجلماسي في شرحه ظاهره أن التركة توقف بمجرد دعوى المرأة الحمل، ولو لم يثبت وهو كذلك، فانظره. والله أعلم.

رابعها : أن هذا كله على إرخاء العنان وتسليم أن الأولى شهادة. وإلا فالثانية لا تعارض الأولى فضلا عن أن تناقضها، لأن الأولى لم تؤد فهي محض زمام لا عبرة بها لما ذكروه قاطبة : أن الشهادة إنما يعمل بمقتضاها بالأداء، ومهما لم تؤد فهي عدم. قال سيدي عمر الفاسي: إن الشهادة هي نفس الأداء في الحقيقة واما التحمل فإنما هو حفظ لما تقع الشهادة به. (هـ). وإذا تبين أن الشهادة الأولى لا عبرة بها، وان الثانية هي المعتبرة، سقط ما زعمه المفتي من اشتراط التبريز في هذه، وأنه مفقود في النساء وجل الرجال...الخ. لأن اشتراط التبريز فيها مبني على ما زعمه أن المسألة من إفراد قوله : وذاكر بعد شك. وقد علمت بطلانه، والله أعلم.

خامسها : على تسليم دعوى التناقض في شهادة اثنتين تسليما جدليا فأي موجب لبطلان شهادة الاثنتين اللتين لم تشكا مع أنهما لم يقع منهما تناقض ولا غيره. وقد علمت من نص المختصر وغيره أن شهادتهما كافية في ثبوت الحمل والله أعلم.

وأما قول المفتي أيضا : ومما يبطل تلك الشهادة الريبة الواضحة التي لا تخفى على أحد إلى قوله : وما جرى ذكر حمل قط...الخ. فليس بظاهر، لأن المرأة في هذه المدة كانت ترضع، فلما وضع الفطام ظهر الحمل بها، وثبت بموجبه، فلا معنى للريبة. وأيضا قد ثبت ببينة اللفيف، كما بيد حامله أنها كانت تقول في تلك المدة : إنها حامل على أنها لو لم تكن مرضعا في هذه المدة وظهر بها حمل وادعت أنه من سيدها تقبل قولها فيه، لعدم مضي أقصى أمد الحمل لأنه خمسة أعوام على المعمول به، وتقدم قريبا في كلام ابن رشد أنها مصدقة في الحمل بمجرد الدعوى، فكيف مع البينة بذلك، وأما قوله : ومما يبعدها قولهن حامل من ثلاثة أشهر. فهذا لا يوجب بطلان تلك الشهادة، لأنه إما غلو منهن، وهو مغتفر في شهادة العوام، فإن مذهب ابن القاسم في المدونة أن الشاهد بالملكية إذا قطع ولم يزد في علمي شهادته لأنها زور ومع ذلك قالوا : تغتفر كذلك من العوام. فكذا يقال هنا. وأما أن يكون لهن عادة وخبرة بذلك، يعرفن كم مضى له وكم بقي بحسب العادة لكثرة

ممارستهن ذلك. وهذا هو الظاهر، والله اعلم بالصواب قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي العمراني لطف الله به. (هـ).

وسئــل أبو زيد الحائك رحمه الله عن كافلة ادعى على أيتامها في دار أنها قسمتها عنهم مراضاة قسمة بت، وأنكرت ذلك وادعت أنها قسمة استغلال.

فأجاب : من البين أنه لا بد من ثبوت ما ادعى قسمه بتا، وإلا كان القول لمدعى الاستغلال على ما جرى به العمل، وهو الصواب، كما في ابن سلمون. وعقده في التحفة كما أفاده شارحها ميارة ونصها :

والمدعي لقسمة البتـات يومر في الاصح بالاثـبـات

قال أبو علي في حاشيته : والخلف في المسألة قوي، وإن كان العمل جرى بما رأيته، يعني بكلام التحفة. (هـ). على أن هذا القسم كان من كافلة، وفيه خلاف درج في المتن على أنه لا يصح. وأفصح غيره بأنه المشهور، ومذهب المدونة، وقيل ينظر القاضي، فإن كانت القسمة صلاحاً وسداداً أجازها وإلا ردها كما به أجاب أبو الحسن، قف على الدر النثير وغيره، والله الموفق. (هـ).

وسئــل أيضا عن أب خرج لابنته بدار في قسمة، ووقعت المفاصلة بينها وبين من شاركها، على أن زاد الأب من عنده ما وافى به ثمن الدار.

فأجاب : إن الدار جميعها للبنت ولا شيء فيها لأبيها، لأن المخارجة من باب البيع والشراء. كما أفاده الفاسي في أجوبته وغيره. وقولهم : إن قسمة المراضاة بيع نص فيه أو دال عليه، وسكوت الأب عما كمل به من الثمن محمول على السلف كما لابن سلمون في شراء الأب لمحاجره. ونصه : وإن سكت الأب ولم يقل بمالهم ولا بمال وهبه لهم وعرى العقد عن ذلك، فإنه يحمل على أن الأب أسلفه. (هـ). وهو واضح لا خفاء فيه، والله الموفق. (هـ).

وسئــل أيضا عن مقاسمة أم وصي محاجرها.

فأجاب غيره : أن القاضي يقدم من يقاسمها.

وأجاب هو : المذكور أعلاه من تقديم القاضي من يقاسم الوصي صحيح، غير أنها إن قاسمتهم وأصابت السداد والصواب، جاز، وتقديم القاضي غيرها أتم، كما في ابن سلمون ناقلا لما يؤيده عن ابن فتحون في وثائقه، بما نصه : إذا كان الوصي شريكا لمحاجيره فلا تجوز قسمته عليهم، وليرفع ذلك إلى القاضي، فيقدم من يقاسمه بعد أن يثبت عنده ما يجب، وقيل تجوز مقاسمته إذا وافق السداد، وما قدمناه أولى. (هـ). تأمله.

وسئــل أيضا عن مقاسمة على أيتام دون مؤامرة قاض ولا نائب له فيها.

فأجاب : إنها غير صحيحة، لا هي ولا المخارجة فيها. أما هي فلما في المعيار عن بعض رجاله، وهو ابن عبد الكريم الأغصاوي ونصه : ان مقدم القاضي لا يقسم الربع والعقار إلا بإذن خاص من القاضي. (هـ) وفي أجوبة الفاسي: أن الذي في المدونة أن مقدم القاضي كالوصي في جميع أموره لكن حيث استثنى عليه تفويت الأصل إلا عن إذن القاضي ومشورته، كان ذلك تحجيرا عليه، ووكيلا مخصوصا، وليس كالوكيل المفوض. وقاله المتيطي والباجي في وثائقه. فما وقع هنا من المخارجة والقسمة من غير مطالعة القاضي ومشورته كما هو مشروط، لا يمضي والله اعلم. (هـ). وأما المخارجة فإنها لا تكون إلا عن رضى وليس هنا من يرضى، كما في الشيخ ميارة عن شيخه المقري ونحوه في ابن سلمون، فأنت ترى هذا القسم تخلخل الأرجاء حيث لم ياذن فيه القاضي، ولا وافق عليه، والله الموفق. (هـ).

ووقع السؤال عن ضم الصفقة من يد المشتري واتهمه بالزيادة في الثمن فأنكره المشتري فطلبه باليمين، فهل تجب عليه من يد المشتري، واتهمه بالزيادة في الثمن فأنكره المشتري، فطلبه باليمين، فهل تجب عله أم لا ؟

والجواب بلزومها له، لأن البائع والمشتري يتفقان في الغالب سرا أن الثمن مائة مثلا، وأنه إذا وقع الضم من يده مائة ونصف، فيظهر أن للشهود الثمن الكثير ويبطنان الثمن اليسير، فلا بد من يمينه، على أن الثمن ظاهره كباطنه للتهمة، كما قالوه في الشفعة. وفي المعيار عن العبدوسي : أن المشهور توجه يمين

التهمة مطلقا، قويت التهمة أم لا. قال : وبه القضاء، وعليه العمل إلا فيما في الادعاء به معرة كالغصب والسرقة، على صالح. (هـ).

ووقعت المذاكرة فيها بمجلس جماعة من العلماء فانفصلوا على أنها تتوجه عليه والله اعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

قلت : وهذه اليمين وإن سكتوا عنها في الصفقة، فهي ماخوذة من كلامهم في الشفعة، لأن أحكام الشفعة جارية في الصفقة إلا ما استثني، ولذا قال صاحب العمل الفاسي :

وأجريت مسائل الشفعة في ذا الباب[1] إذ قياسها لا يختفي

وفي نوازل الشفعة من المعيار نقلا عن ابن مرزوق ما نصه : واليمين مع تحقق الدعوى متفق عليها، ومع التهمة مختلف فيها، والراجح عندي في هذا الوقت اليمين مطلقا. (هـ). ونقل عن القوري أيضا ما نصه : الذي جرت به الفتوى، وجوب اليمين ولو حصل الدفع بمعاينة عدلين. هذا إذا اتهما أن يزيدا في الثمن فلا تنقلب تلك اليمين لكثرة تحيل الناس، ولفساد الناس واستحقاقهم التهم. صرح بذلك الشيخ اللخمي في مواضع من تبصرته، وهو في المائة الخامسة، فكيف لو أدرك زماننا هذا. نعم يستثنى من ذلك المبرز في العدالة المنقطع في الصلاح والخير، وأين هو اليوم إنما هو كالغراب الأعصم بين الغربان. (هـ). والأعصم، هو الذي في ذراعيه أو أحدهما بياض. ونقل الرهوني كلام ابن مرزوق والقوري هذا، وزاد عقبهما ما نصه : وإذا قال الإمامان المذكوران ذلك في وقتهما وهما في المائة التاسعة، فكيف لو أدركا وقتنا هذا في حدود العشرين بعد المائتين وألف الذي لم يبق من الدين إلا اسمه، ولا من الإسلام إلا رسمه. فالعمل بما قالاه اليوم متحتم، وقد نص الثاني منهما على أن العمل به في زمانه. لكن هاهنا دسيسة نشأت عن رقة

---

1) أي باب الصفقة

الديانة وإيثار الدنيا الخسيسة، وهي أن كثيرا من الناس من يعمد إلى من يعلم أنه يتحرج عن اليمين فيما يتحقق براءة نفسه منه، فيدعى عليه بما يوجب عليه يمينا في هذه النازلة ونحوها ليتوصل بذلك إلى إبطال حق المدعى عليه بالكلية، أو يصطلح معه بشيء لأجل ذلك. وقد بلغنا في هذا الوقت عن غير واحد من الفجار نحو هذا، حتى إن بعضهم ليقنع بالصلح بنحو درهم، على ادعائه نحو ثلاثمائة درهم، فلا بد لمن ابتلي بالحكم بين الناس من نظر خاص في كل نازلة تحدث بين يديه، فينظر فيها إلى حال المدعي والمدعى عليه، وإلا انقلبت المصلحة مفسدة ولا حول ولا قوة إلا بالله. (هـ). ومثل هذا يقال هنا حرفا بحرف، فتجب اليمين على المشتري إن اتهمه البائع بالزيادة في الثمن سرا كائنا من كان، إلا إن كان مبرزا.

مسألة:هذا كله إن قامت بينة، بأن كتب الشهود أنه اشترى ذلك المحل بمائة مثلا. وأما لو تنازعا في قدره ولا بينة، فالقول للمشتري بيمينه إن أشبه، وإلا فللشريك إن أشبه، وإلا تحالفا وردا إلى الوسط، كالشفعة سواء. فإن قال المشتري : لا نحلف حتى نشهد على الشريك أنه ياخذ من يدي بالضم وامتنع من ذلك الشريك، فهل يجبر على ذلك أو لا ؟

قلت : قال ابن عات في طرره ما نصه : المشاور وإن اختلفا في الثمن. فقال المشتري بمائة، وقال الشفيع بستين أو بسبعين. فالقول قول المبتاع مع يمينه فيما يشبه، وإن قال لا أحلف حتى يلتزم الأخذ بالشفعة، ولا يكون له على الخيار فذلك له، ومتى حلف لزمه الأخذ على ما أحب أم كره، وهو خلاف لغيره. وبهذا قال الأبهري من الاستغناء. (هـ).

وفي نوازل الشفعة من المعيار : أن بعض الشيوخ **سئل عن ذلك**.

فأجاب : أن ذلك من حجة المشتري، ومن حقه. (هـ). ذكره في الشفعة، ويجري مثله في الصفقة وموضوعه إذا حقق الشريك والشفيع قدر الثمن. تأمله. وأما إن اتهمه بالزيادة فقط، بأن قال للمشتري : اتهمك بالزيادة في الثمن لقطع شفعتي، ولو كان الثمن أقل مما ذكرت لأخذت بها، وإنما تركتها لجفاء الثمن

الذي ذكرت. فتجب عليه اليمين ولا يلزم الشفيع في هذه أن يشهد على نفسه أن المشتري إذا حلف ياخذ هو بها. لأن من حجته أن يقول : إني أريد شفعة. هذا المحل، ولكن بأقل من هذا الثمن، ولعلك إنما زدت خفي الثمن ظاهرا لقطع الشفعة. والحاصل أن للشفيع أن يقول : إن كان الثمن أقل مما ذكرت أخذت، وإن كان كما ذكرت تركت، لكن لا تحقيق عندي على أن الثمن الذي ذكرت ظاهره كباطنه فاحلف لي على ذلك. فهذا تجب له اليمين على المشتري بدون إشهاد لانه إن حلف المشتري أخذه هو بالشفعة، بل إذا حلف يكون هو بالخيار، لأن هذه يمين تهمة، وهي واجبة لمن طلبها على المشهور، والمعمول به أيضا. ولا فرق في هذا كله بين الشفعة والصفقة. وفي المعيار عن العبدوسي أن المشهور توجه يمين التهمة مطلقا قويت التهمة أم لا. قال وبه القضاء وعليه العمل، إلا فيما في الادعاء به معرة كالغصب والسرقة. والله أعلم.

ووقع السؤال عن الموصى لهم قبل وجودهم إذا بيع محل بالصفقة عليهم، فهل يمضيها عليهم أبوهم مثلا أو لا بد من الرفع للقاضي في حقهم لأنه المتولي لأمر الغائب وهؤلاء الذين لا زالوا في العدم بمنزلته.

والجواب بأن الذي يمضي الصفقة عليهم إنما هو القاضي لا أبوهم، إذ لا ولاية له على من هو في العدم وإنما تكون له الولاية على أولاده بعد وجودهم. قال في المعيار : ثم إذا كان ذلك لا ينقسم على مقام الثلث ووجب على أهل الوصية اشتمال البيع مع الورثة فإنه يكون النظر في بيع ما ينوبهم من ذلك لمن هو رشيد من الموصى لهم مع آباء صغارهم ولابد معه من نظر القاضي لحق من لم يوجد منهم. أو يستنيب في ذلك آباءهم أو من رأى منهم أو من غيرهم، ومن النظر لهم أن يؤخذ من المواضع التي يقضى باشتمال البيع فيها بمقدار ثلثهم من أثمانها موضع فيستبدون به على حسب ما يقضى به عند اشتمال البيع لمن لم يدع إليه بفعل ذلك من ذكرنا انه ينوب عنهم وعن أمر القاضي إن رأى ذلك. (هـ) نقله في شرح تكميل المنهاج وزاد بعده ما نصه : وقد تقدم نحوه في جواب الفقيه المزكلدي. حيث قال : وما لم يحمل القسم منه بيع مجتمعا وعوض بما يصير للثلث ما ينتفعون

به...الخ.

وفي نوازل العلمي ما نصه :

أجاب شيخنا العلامة سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي ومن خطه نقلت : الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما، اختلف في الوصية للأحفاد وفيهم موجود ومن سيوجد، هل يملك الشيء الموصى به الأخير من الأحفاد أو هو ملك لجميعهم.والأول هو المختار لغير واحد، ونقل عن أبي إسحاق التوسني في أجوبته في الوصية لأولاد فلان أو ما يتزايد لفلان، أنها تكون حبسا موقوفا ما دام الأب حيا لا تباع ولا توهب ولا يستشفع بها ولا تورث عمن مات منهم قبل موت الاب. فإذا مات الأب، فهي من قبيل الهبة المتملكة التي تورث وتفوت بأنواع الفوت ويستشفع بها. قال : وهو قول أشهب وابن عبد الحكم وأصبغ ومطرف في النوادر وابن حبيب في الواضحة وعبد الوهاب، وهو نص الامام المازري. انظر شرح تكميل القواعد للفقيه سيدي محمد ميارة، فقد ذكر المسألة وعلم من هذا حكم المناقلة، وأنها غير تامة على كل من القولين المتقدمين، إذ لا بد من نظر القاضي في حق من لم يوجد والله أعلم. وكتب محمد ابن عبد القادر غفر الله له. (هـ).

وأجاب عقبه شيخنا أبو مدين : الحمد لله، الحظ الذي وجب للأحفاد لا يباع استقلالا، كما في الجواب أعلاه. وأما بيعه بحسب التبع والجبر من الأب المشارك لأولاده بالثلثين فلا مانع منه ولا يقسط حظه من التصفيق عليهم لعدم وجود جميعهم، وإذا ثبت لهم رد البيع بالوجه الذي يفيده فلا سبيل إلى أن يشفع الأب ولا غيره من أولاده الموجودين، ما باعه الأب في شركتهم. أما المنع في جانبه فلأنه لا ولاية له على المعدوم منهم. وأما في جانب الموجودين من أولاده، فلأنه غير محقق التملك لأنه لو مات قبل أبيه لم يكن له حق في الوصية ولا يورث عنه شيء منها وذلك وجه ما نقله في الجواب عن الشيخ أبي إسحاق النظار رحمه الله، وإذا تعذرت الشفعة وبطلت المناقلة بعدم مطالعة من يجب وجب أن يكون المشتري شريكا لأولاده الموصى لهم بالثلث لأن الثلثين له والثلث الواحد لهم. هذا ملخص

المسألة مختصرا، والله الموفق. وكتب عبد الله محمد أبو مدين كان الله. (هـ). قال العلمي بعد كلام في تأييده ما نصه : لأن من حق المشتري أن يرفع الصغير إلى الحاكم فياخذ له أو يترك، ولو قال الحاكم يؤخر ذلك إلى رشده لم يكن ذلك له. فإن كان من حقه أن يوقف له حين البيع فيأخذ له أو يسقط حكم الشفعة عن المشتري وكان هذا لو رفع إلى الحاكم لم ياخذ لهذه الوجوه، إما لعدم من له الشفعة أو لأنه ليس بحسن نظر لم ينظر إلى ما حدث بعد ذلك، ولهذه نظائر كثيرة. وهذا الذي ذكرته في مسألة الصغير من العلم الجلي الصحيح. (هـ).

وسئـــل الإمام سيدي العربي الفاسي عن رجل باع أملاكا موهوبة على أولاده الموجودين ومن سيوجد بعدهم فهل يصح بيعه في حق الموجودين حال بيعه وفي حق من وجد بعد البيع أم لا يصح في الجميع؟

فأجاب : الحمد لله، بيع الرجل على ولده الموجود ملكا معروف القدر صحيح محمول على السداد حتى يظهر خلافه وبيعه على ولده الذي لم يوجد لا يصح ولا ينفذ. وكذلك بيعه على الموجود ما لا يعرف قدره لاختلاف الحظ بكثرة الأولاد وقلتهم، وكتب محمد العربي. وحاصل الجواب أن البيع مردود في حق الموجود لعدم المعرفة بقدره وفي حق المعدوم ولا إشكال.

وسئـــل سيدي يحيى السراج عن رجل أوصى لمن يتزايد عند ولده، ثم مات الموصي فباع والد الموصى له أرضا من متخلف والده، وفيها الثلث للموصى له قبل تزايد الموصى له المذكور، وكان البائع محجورا بالإيصاء من قبل والده لكنه باع بموافقة الوصي. هل ينفذ البيع على الموصى له قبل ولادته أم لا؟

فأجاب : إن البيع ليس بماض على الموصى له بالثلث، ولمن ينوب عنه شرعا القيام في ذلك.

قلت : الملك الموصى به للموجود وغيره من الأحفاد أو لغيره الموجودين لا يجوز بيعه حتى تنقضي ولادة الموصى لأولاده ويعلم أنه لا يوجد بعدهم من يستحق معهم حظا في الوصية، وذلك لا يتحقق إلا بموت الموصى لأولاده، انظر شرح

مياره للتحفة. (هـ). من نوازل العلمي.

قلت : ما ذكره الإمام السراج والعلمي من عدم مضي البيع إنما محله إذا لم يبع الاب المشارك للأحفاد صفقة ويمضيه القاضي وإلا فيلزمهم البيع ولا كلام لهم فيه ان وجدوا وبلغوا ورشدوا، كما ياتي في جواب سيدي عبد القادر الفاسي. وقال المجاصي في جواب له، ما نصه : ويؤيده ما ذكره البرزلي في الموصى له غير الموجود اذا باع شريكه وباع معه الناظر جملة الصفقة أن الثمن يوقف ولا يشترى به أصل؛ لأن الغائب يباع عليه أصله بموجب ولا يتشرى له. (هـ). والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

ووقع السؤال عن وصي بيعت حانوت صفقة على محاجيره وغيرهم من بقية الورثة لأداء دين على الهالك بعد ثبوته شرعا فأمضاها على المحاجير فقامت من المحاجير وذكرت أن لها مالا غير الذي ورثته من أبيها وأرادت الضم من يد المشتري فهل لها ذلك أم لا ؟

والجواب الحمد لله، لا كلام للمحجورة في ضم الصفقة ولا في إمضائها ولا نظر لها في ذلك أصلا، وإنما النظر في ذلك للوصي، فحيث أمضى الصفقة للمشتري فلا كلام لها بحال، ولو ثبت شرعا أن لها مالا على المعمول به. وقد قال الفقيه العلامة سيدي محمد المجاصي في جواب له عن مسألة حانوت أمضى ولي المحاجير البيع في نصيبهم منها مع الرشداء الذين باعوها صفقة ما نصه : إن النظر في النازلة مقصور على الضم والترك. أما البخس والسداد فلا نظر فيه هنا، إذ البيع هنا جبري لإرادة الشريك البيع، وما كان كذلك فلا التفات فيه للسداد ولا لعدمه فإن الناظر مخير في الأخذ إن رآه للغبطة ورخص الثمن أو التكميل إن لم يره ومن خير ما غبن مع أن الرشداء في الغالب إنما يبيعون بعد الاستقصاء فكفى المحاجير مؤونة الثمن غلاء ورخصا. وقد أشار في التوضيح إلى نحو هذا، وبمثله أجاب شيخنا القاضي سيدي محمد ابن سودة رحمه الله في نظيرتها. (هـ). وفي **جواب** له أيضا عن مسألة حانوت مشتركة بين رشيدين ومحاجير، فباع أحد الشريكين جميعها صفقة وأمضى الآخر والمقدم على المحاجير. ثم قام المحاجير وأثبتوا

أن لهم أصولا يبعها أولى من بيع حظهم في الحانوت، ما نصه : قال الفقيه سيدي محمد ميارة : أخبرني بعض فقهاء وقتنا أن العمل على إمضاء ذلك عليه، سواء كان له مال يضم به صفقة البيع أم لا، وسواء كان البيع أولى له أو الضم أولى له يمضي ذلك عليه مطلقا ولا حجة له إن قدم. (هـ). نقل الجوابين معا العلامة سيدي محمد بن أبي القاسم السجلماسي في شرح العمل الفاسي، وقال الشيخ الرهوني في حواشيه عند قول المختصر : والسداد في الثمن، ما نصه : وقد نص غير واحد على أن البيع ما لا ينقسم إذا كان شريكه محجورا مهملا، فالقاضي هو الذي يتولى بيع حصة المحجور. وقالوا فيما إذا باع شريك المحجور صفقة ورفع المشتري أمره إلى السلطان انه يمضي ذلك في حق المحجور إن ظهر له إمضاؤه حتى قالوا : إنه إذا أمضاه لا قيام للمحجور في ذلك بعد رشده، ولو ثبت أن الضم له كان أولى. وأنه كان له إذ ذاك ما يضم به، وهذا أمر ظاهر حتى إنه مذكور في شرح الزقاق. (هـ). وعليه فحيث أمضى الصفقة الوصي فلا إشكال لأنه أحرى من الحاكم إذ لا نظر مع وجوده، والله اعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

قلت : وهذا مثل الشفعة فإنها تسقط أيضا إن وجبت للمحجور، وأسقطها الأب أو الوصي أو المقدم، ولو كان الأخذ نظرا للمحجور، بل لو سكت عنها هؤلاء حتى انقضت مدتها لسقطت على المعمول به. قال في التحفة :

والأب والوصي مهما غفلا   عن حدها فحكمها قد بطلا

وقال المتيطي في كتاب الوصايا عن بعض الموثقين ما نصه : الذي جرى به العمل أن حكم مقدم القاضي حكم الوصي في جميع أموره. (هـ) وقال أبو علي ابن رحال في حاشية التحفة، ما نصه : ومقدم القاضي كالوصي هنا. كما في نقل ابن يونس عن أبي محمد. وقال أبو عبد الله الفشتالي : فإن غفل الأب أو الوصي عن الشفعة حتى انقضى العام سقطت الشفعة، ورواه ابن القاسم عن مالك، وعليه العمل عند أصحاب الوثائق. (هـ).

قلت : وهذا كله يجري في الصفقة لما تقدم أن مسائل الشفعة جارية فيها، والله أعلم.

مسئلة إذا باع أحد الشركاء دارا مثلا صفقة على من شاركه فيها بألف، فذهب المشتري إلى واحد من الشركاء وأعطاه مائة ليسقط عند الضم فيها، ثم قام بعض الشركاء وضمها من يده. فهل يرجع المشتري بالمائة على من دفعها اليه أو لا ؟

قلت : تردد فيها النقل عن ابن رشد في الشفعة، فنقل عنه الحطاب وغير واحد أنه لا رجوع له عليه، ونقل عنه ابن سلمون وغيره أنه يرجع عليه بما أعطاه، وتكون له شفعته، فكذلك يقال في الصفقة، لا رجوع للمشتري عليه أو يرجع عليه به، وتعود إليه صفقته لأنه أسقطها على مال، فلم يتم له. قال الشيخ بناني في حواشيه : فإذا تعدد الشفعاء فصالح أحدهم بمال على الإسقاط، ثم قام غيره وأخذ شفعته، فلا رجوع على المصالح بشيء. قاله ابن رشد في نوازله. كذا نقله الحطاب، لكنه مخالف لما رأيته في نوازل ابن رشد، وقد نقل ابن سلمون كلام ابن رشد على الصواب فراجعه. (هـ). ونص ابن رشد على نقل غير واحد من أجوبته.

الجواب رضي الله عنك في مال مشاع بين أشراك اشترى رجل من اثنين منهم ثلاثة أرباعه، وبقي الربع لشريكهما الثالث مع أختين له، فوهب هذا الشريك ما وجب له من الشفعة للمبتاع على مال أخذه منه، ثم إحدى الأختين قامت طالبة للشفعة فبين لنا، هل يكون ما وهب من الشفعة بالمال المأخوذ فيها للمبتاع دون من يريد القيام بالشفعة أم لا ؟ مأجورا مشكورا إن شاء الله.

فأجاب رضي الله عنه : اختلف في هبة الشفيع للمبتاع شفعته الواجبة عليه بعد البيع أو بيعه إياها منه. فعلى القول بجواز ذلك وهو مذهب أصبغ لا يكون للأختين في مسألتك التي سألت عنها إلا ما وجب لهما من الشفعة، وعلى القول بأن ذلك لا يجوز، وهو معنى ما في المدونة، يرد الأخ على المبتاع المال الذي أخذه منه على هبة الشفعة له، لأن ذلك بيع من البيوع ويكون أحق بشفعته إن شاء أخذبها وإن شاء سلمها. فإن سلمها كان للأختين أخذ الجميع بالشفعة ولا

اختلاف في أن الشفيع لا يجوز له أن يبيع شفعته قبل الاستشفاع من غير المبتاع ولا أن يهبها له، وبالله التوفيق. (هـ). لكن قال الشيخ الرهوني في حق الشبه، نقله الحطاب عن نوازل ابن رشد نقل مثله عنها ابن هلال في الدر النثير وابن غازي في تكميله، وابن عرفة في باب الشفعة وهو كذلك فيها، ونصها : فأما الذي اشترى الشقص فصالح أحد الشفعاء على تسليم شفعته في مغيب أشراكه، ثم قدموا فأخذوا شفعتهم فلا رجوع على الذي صالح بشيء مما صالحه به لأنه على القول بأن الشفعاء ياخذون جميع الشقص بالشفعة قد انتفع بصلحه إذ لم يدخل معهم الذي صالحه فخف عنه الضرر بذلك إذ يقل ضرر الشركة بقلة الأشراك ولعله أيضا إنما كره شركة الذي صالحه بخصوصه، فقد تم له ما أراد، وأما على القول بأن الشفعاء لا ياخذون حظ الذي صالح على تسليم شفعته، فلا إشكال في أنه لا رجوع عليه بشيء مما صالحه به لبقاء حظه في يده. (هـ). ونقله أيضا أبو حفص الفاسي في شرح التحفة، وما نقله عنها ابن سلمون وراه فيها بناني نقله عنها أيضا ابن عات في طرره، وصاحب المعيار في نوازل المعاوضات ونوازل الشفعة أيضا، وابن هلال أيضا في الدر النثير وابن الناظم والشيخ ميارة والشيخ التاودي وأبو حفص الفاسي أيضا في شروحهم للتحفة وهو فيها أيضا. ثم قال بعد كلام : فتبين أن النقلين معا عنها صحيحان، وأن جوابه اختلف في ذلك فتعين المصير إلى الترجيح، والظاهر رجحان ما نقله عنه آخرا أي ما نقله ابن سلمون ومن وافقه لأنه الظاهر معنى، وما وجهه به ظاهر بخلاف ما وجه به الأمر، فإنه غير ظاهر بل فيه نظر من غير ما وجه، ولأنه الموافق لكلامه في البيان إلى أن قال على فتوى ابن رشد التي رجحناها بموافقتها لكلامه في البيان : فالأمر واضح، أي يرد ما أخذ وله شفعته. وأما على الأخرى التي اقتصر عليها ابن عرفة ومن وافقه من أنه لا يرد ما أخذه ويشفع غيره الجميع. فإذا كان الشراء بمائة واصطلح مع بعضهم بعشرة مثلا، فهل لمن بقي الشفعة بالمائة فقط أو بها مع العشرة أفتى أبو الحسن في أجوبته بالثاني قائلا ما نصه : ياخذ الجميع وليس كالزيادة للبائع لأن هذا إنما دفع العوض الثاني ليستقر له الملك في يده. ومسألة الزيادة للبائع مجرد زيادة لا لشيء، وهي منصوصة. قال في الدر النثير عقبه : هذا قريب مما ذكر ابن كوثر أنه إذا

كان أحد الشفيعين أحق بالشفعة فصالحه المبتاع على إسقاط الشفعة بمال فأراد غير الأحق أن يشفع فليس له الشفعة إلا بجميع ما دفعه المشتري، وما صالح به، لأنه لم يصل إلى ملكه إلا بجميع ذلك. (هـ). وقد نقل في نوازل المعاوضات من المعيار كلام ابن كوثر هذا وسلمه ونقل أبو علي بن رحال كلام المعيار وسلمه، ولم ينبه واحد منهم على أن هذا إنما ينبني على عدم رد العوض للمشتري، وما كان ينبغي لهم ذاك والله الموفق. (هـ).

قلت : يؤخذ من كلام ابن كوثر هذا أنه إذا باع أحد الأشراك في نصف دار مثلا هذا النصف صفقة، فسلمها بقية الأشراك للمشتري، على مال قبضوه منه، فقام الشريك بالنصف الآخر وشفع من يد المشتري هذا النصف الذي اشتراه صفقة فإنه لا يمكن من شفعته إلا بالثمن الذي اشتراه به والذي أعطاه لإسقاط الصفقة فيه، فتأمله. ثم قال الرهوني في التحصيل إن كان تسليمها من بعض الشركاء فقط، ففيه ثلاثة أقوال : المشهور والمعمول به أنه لا يصح ولمن بقي أخذ الجميع، خلافا لأصبغ وابن حبيب في الهبة من التفصيل وإن كانت له قوة، وخلافا لما في مختصر الوقار من صحة ذلك مطلقا وإن اختاره اللخمي وعلى المشهور المعمول به إذا وقع ذلك بعوض، فهل يرد أو لا قولان، أفتى ابن رشد في نوازله مرة بهذا ومرة بهذا. والراجح فتواه بالرد لظهورها من جهة المعنى، وموافقتها لما جزم به في البيان، وإذا فرعنا على الأخرى فلا يشفع الباقون إلا بالجميع، ثم إذا رد التسليم بعوض على الراجح فللمسلم الدخول معهم وبدونه لا دخول له معهم، لأنه أسقط حقه. والأول وإن كان أسقطه لكنه أسقطه لعوض فلم يتم له، فإذا استحق من يده العوض رجع بما كان له على القاعدة المقررة. (هـ). ولا يخفى جريان الصفقة عليه، والله اعلم.

مسألة:إذا مات أحد الأشراك بعد وجوب الصفقة له انتقلت لوارثه، لأن من مات عن حق فلوارثه، ولأن من مات عن المتبايعين أيام الخيار فإنه ينتقل لوارثه. وقال في المقرب. قلت : هل تورث الشفعة من قول مالك ؟ قال نعم. (هـ)

وفي المقدمات : وتورث الشفعة فينزل الوارث منزلة الموروث في الحق الذي

كان له من الأخذ أو الترك. (هـ). وانظره إذا سقط أحد الشركاء للمشتري بالصفقة الضم على شرط أنه إن بَاع من الغير لا يلزمه إسقاط ويعود اليه ضمها كما كان أو على أنه إن باعها من الغير فهو إن باع من الغير لا يلزمه إسقاط، ويعود اليه ضمها كما كان، أو على أنه إن باعها من الغير فهو أحق بها من هذا الغير بالثمن الذي يقع به البيع له لم أر في ذلك شيئا. وفي حاشية الرهوني نقلا عن اللخمي ما نصه : وقال مطرف في كتاب ابن حبيب فيمن وجبت له شفعة فصالح في تركها على انه متى بلغه إيذاء المشتري لولده فهو على شفعته. قال : لا يلزم ذلك، وله القيام فيها متى طلبه المشتري بالأخذ أو الترك كان له ذلك ما لم يطل الزمان، والطول : الشهور الكثيرة. وقال أصبغ : الصلح جائز، والشرط لازم، ولا يرجع الشفيع حتى يكون ما استثنى. فإن نزع عن الصلح ووافق الشفيع على الأخذ أو الترك فذلك له. فجعل المقال في ذلك والرجوع للمشتري، لأن ترك الشفيع هبة له، وعليه في الترك على تلك الصفقة مضرة لأنه إن أحدث بناء أو غرسا ثم حدث شيء من المشتري أو ورثته، قام وأعطى قيمة ما أحدث وأخرجه، فكان له أن يقوم، فيقول : إما أن تاخذ وإما ان تسقط حقك مرة، فأتصرف تصرف من لا يخشى أن ينتزع من يده، ورأى مطرف أن للشفيع في ذلك مقالا. (هـ).

ووقع السؤال عمن اشترى دارا مثلا صفقة بمائة، وأراد أن يزيد لبعض الشركاء شيئا في حظه كي لا يضم من يده الصفقة، فهل يجوز له ذلك أم لا؟

والجواب بأن ذلك جائز لا مانع منه لأن ضم الصفقة حق له فلا بأس أن يتخلى عنه بمال، وصرح بذلك ابن عبد السلام بناني في شرح الزقاقية فقال : لا بأس بزيادة بعض المصفق عليهم في حظه بعد بيع الصفقة لينتقل عن الضم إلى ترك المبيع للمشتري على أن ذلك على اختيار من المشتري يعطي من توهم منه الضم ويترك من شاء ولا يلزمه أن يعطي كلا بذلك السوم، لأن البيع منعقد بأول بيعه، وإنما هذا تطوع بعد الانعقاد. (هـ) ويؤيده ما تقدم قريبا عن الرهوني في الشفعة التي هي مقيسة عليها ونصه : فإذا كان الشركاء بمائة واصطلح مع بعضهم

بعشرة مثلا، فهل لمن بقي الشفعة بالمائة فقط أو بها مع العشرة ؟ أفتى أبو الحسن في أجوبته بالثاني قائلا ما نصه ياخذ بالجميع. (هـ). فهو صريح في الجواز، تأمله وفي المقرب قلت : فمن سلم شفعته بمال أخذه من المشتري. فقال : قال مالك إن كان بعد وجوب الشفعة للمشتري فذلك جائز. (هـ). وفي المدونة إن سلم بعد الشراء على مال أخذه جاز. ابن ناجي. في شرحها ما ذكره من الجواز واضح لانه حق مالي فوجب أن تصح المعاوضة عليه. (هـ). وقال في الجواهر : إذا دفع المشتري للشفيع عوضا دراهم أو غيرها على ترك الأخذ بالشفعة، جاز له أخذها وتملكها إن كان ذلك بعد الشراء...الخ.

والنصوص بهذا من الشفعة وغيرها، كالحضانة، كثيرة لا حاجة إلى التطويل بها. قال القاضي المكناسي في مجالسه : والمشهور في الحضانة أنها حق للحاضن فله تسليمها وتركها بعوض وبغير عوض. (هـ). فظهر بهذا صحة ما قلناه أولا من جواز قبض بعض الشركاء مالا للتخلي عن الأخذ بالصفقة، وذلك ظاهر، والله اعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

مسألة قال ابن عبد السلام بناني : وقعت صفقة لرجل في موضعين فباع مصرية وحظا من دار في صفقة، فأراد البعض — أي من الشركاء — الضم في المصرية دون الدار فمنع ذلك شيخنا سيدي العربي بردلة وكتب في المسألة ما يؤيد المنع أخذا من قاعدة العقد، هل يتعدد بتعدد المعقود عليه أم لا؟. (هـ).

قلت : هذا معلوم مما ذكروه في الشفعة أن البائع إذا باع حصة من دار وحصة من جنان وحصة من بلد في عقد واحد فقام الشفيع وأراد أن ياخذ بعض الحصص دون بعض، فليس له ذلك، إما أن ياخذ الجميع أو يترك الجميع حسبما ذكره شراح المختصر عند قوله : إن اتحدت الصفقة والبائع لم تبعض، قف على ذلك فلا حاجة إلى أخذها من تلك القاعدة. والله أعلم.

مسألة وفي نوازل سيدي عبد القادر الفاسي أنه **سئل** عن دار خلفها

الفقيه المقري رحمه الله بفاس وترك زوجته وبنته وعصبته ــ أي غائبين مجهولين ــ ثم ماتت الزوجة أيضا والدار مفتقرة للإصلاح، وبما يخشى عليها السقوط بسبب الإهمال، فأرادت البنت بيع هذه الدار صفقة لنقص حصتها إن بيعت مفردة، فهل تمكن من بيعها صفقة عن نفسها وعن العصبة المجهول تعيينهم لما ذكر أولا وعلى أنها تمكن من ذلك، فهل لمن له النظر العام في الأحكام أن يمضي البيع على من لم يعين للإرث من الغُيَّب المجهولين أم لا ؟.

فأجاب والله الموفق سبحانه: أنه إذا ثبت عند القاضي ما ذكر، مكن البنت من البيع صفقة لأن من القواعد العامة أن الضرر يزال ولا سيما والبيع أصلح للغائب لأن بقاء الدار على الحالة المذكورة عرضة لهلاكها وإضاعة لمال الغائب لعدم من يتعهدها ويقوم بإصلاحها ورمِّ ما وَهَى منها، وكون القاضي يبيع على الغائب شيئه إذا مست الحاجة لذلك معلوم في الفقه غير محتاج إلى الاستظهار عليه بنصوصهم ولا يمنع من البيع كون الورثة لم يعلم عينهم ولا عددهم الآن. بل ذلك جائز وإن لم يعينوا الآن لإمكان تعيينهم بعد ذلك، كما يجوز نيابة ناظر المواريث وبيت المال، وإن لم يتعين بعد من يستحقه وإنما ينوب عن هذه الجهة، وهذا الجانب الذي سيتعين من قبله من يتعين، وكما ينوب القاضي عمن سيولد في الوصية لمن سيولد، وفي نوازل المعيار من جواب لأبي محمد عبد النور بن محمد العمراني عن وصية رجل لبني بنيه الذكور ولمن يتزايد لبنيه الذكور وفيه طول، محل الحاجة منه أنه إذا ادعى بعض ورثة هذا الموصي إلى بيع ما لم ينقسم مما خلفه الموصى مما عليه في أفراد نصيبه بالبيع ضرر بنقص ثمنه عن مقدار ما ينوبه في بيع الجملة وجب أن يحكم له على الموصى لهم مع سائر الورثة باشتمال البيع لدفع الضرر عنه، لقوله عليه السلام : لا ضرر ولا ضرار. ثم قال : وإذا كان البيع فإنه يكون النظر في بيع ما ينوبهم من ذلك لمن هو رشيد من الموصى لهم مع آباء صغارهم ولا بد معهم من نظر القاضي لحق من لم يوجد منهم، ويستنيب في ذلك آباءهم أو من رأى منهم أو من غيرهم. وفي نوازل البرزلي من جواب للمازري عن دار بين امرأة وولدها الغائب دعت إلى بيعها، فقال : إنما يبيع جميعها القاضي. قف على آخره.

مسألة : رأيت في نوازل العلامة سيدي عبد الكريم اليازغي ما نصه : الحمد لله، جوابكم عن الموصي له هل يصفق على الورثة، فإن الذي رأيناه عند صاحب التحفة أي الشيخ ميارة هو تصفيق الورثة على الموصى لهم لا عكسه فقد لا يلزم اي العكس، لما ذكروه في الشفعة من أن العصبة مقدمون على الموصى لهم كأنه لضعف حالهم بالنسبة إلى الوارث على أن ما ذكره من تصفيق الوارث على الموصى له، هو ما أفتى به ابن عبد النور، وقد يبحث فيه بقوله تعالى : ﴿من بعد وصية﴾ وبما ذكره قبل فيمن أوصى بتحبيس ربع رَبْعه أن الورثة لا يصفقون على الموصى له لأنه يقول إني لا أبيعه معكم إذ لا وراثة لكم إلا بعد وصيتي. وقد أقر ابن رشد احتجاجه هذا وقال : لا يلزم الموصى لهم البيع ويبيع الورثة منابَهم فقط، وإن كان هذا حبسا فإنا إذا قلنا باتحاد المدخل فيما ذكر فلا فرق بين الحبس وغيره، على أن ظاهر كلامهم في اتحاد المدخل اتحاده لا في الزمان فقط، بل في وجه الملك وزمانه بأن يرثوا أو يشتروا أو يوهب لهم هذا الذي في أمثلتهم، فأما لو وهب النصف وباع النصف في عقد واحد وزمن متحد، فظاهر قولهم من دخل وحده يخرج وحده أن لا صفقة.

فالجواب:أنه قد طال بحثنا على النص في عين النازلة، فلم نجده لكن لما ذكروا تصفيق الورقة على الموصى لهم قلنا يلزم أن لا فرق بين الفريقين وأما تقديم الورثة فلا يدل على منع الكعس، لأن الشفعة ينظر فيها إلى وجود الشركة الخاصة ألا ترى أن بعض الورثة يقدم فيها على بعض. كتقديم المشارك في السهم كإحدى الزوجتين على غيره فلا دليل فيه على ضعف حال الموصى لهم، وأما ظاهر الآية فإنه يقتضي قوة الموصى لهم على الوارث لا العكس، وكذا قضية تحبيس الربع. (هـ). بناني. وكتبت ما نصه : لا يشترط في التصفيق على ما جرى به العمل إلا اتحاد المدخل خاصة، ولا شك أن الورثة والموصى لهم ملكوا دفعة واحدة فقد وجد الشرط، فكل واحد منهم يصفق على الآخر لا فرق في ذلك. بهذا وقعت الفتوى. وأما الاستدلال المذكور في السؤال بمسائل الشفعة وبالآية فلا يجري شيئا، وبيع الصفقة الذي جرى به العمل لم يقع في نصوص الأقدمين. كما قاله

الونشريسي وغيره. (هـ). كلام نوازل اليازغي، ووجه تضعيفه الاستدلال بالآية : ان الموصى له والوارث اتحد مدخلهما، إذ كل منهما ملك نصيبه بالموت، وإن كان الوارث لا ياخذ نصيبه إلا بعد أن ياخذ الموصى له فلا يضر لأن الشرط هو اتحاد المدخل، وهو حاصل.ومنها أيضا ما نصه : الحمد لله غائب باع عليه شريكه صفقة، فأمضى قاضي الوقت عليه الصفقة على ما جرى به العمل من الإمضاء على الغائب فقدم الغائب بعد سنين، وأثبت الغبن في البيع متفاحشا ورام النقض، فأفتى البعض بأنه لا كلام له، لأن الغبن لا يقام به في بيع الصفقة، كما أفتى سيدي محمد بن سودة وعبد القادر الفاسي ومحمد ميارة وحمدون المزوار، نقله ميارة في شرح الزقاقية ونظمه في العمليات. وأفتى البعض الآخر بأن له النقض والقيام قائلا :قيام الغائب بالغبن في إمضاء الصفقة عليه هو مقتضى القواعد وإطلاقات الفقهاء، وما يقال من أن العمل بخلافه شيء لا يعرف له مستند، فلا ينبغي اعتماده والعدول عن نصوص الأئمة. (هـ). وقال بعض آخر: ما قيد من أن للغائب إذا قدم أن يقوم بالغبن فيما بيع عليه صفقة صحيح لقول الحطاب مما اتفق فيه على القيام بالغبن ما باعه الإنسان عن غيره، كما نقله ابن عرفة عن ابن عبد البر. (هـ). والأصل في النصوص إبقاؤها على ظاهرها وتخصيصها بغير مخصص ليس بالبين. (هـ).

قلت : ما نسبه لميارة على الزقاق، ليس هو فيه، فلعله أراد شرحا آخر.

مسألة : أنظر لو كانت دار بين ورثة ثلاثة مثلا، وربعها لأجنبي فاشترى أحد الورثة ربع الأجنبي وأسقط غيره حقه في الشفعة، ثم أراد هذا المشتري أن يصدق عليهم ومنعوه من ذلك لعدم اتحاد مدخله بالربع الذي اشتراه، فالقول لهم، إذ ليس له التصفيق ليربح فيما اشتراه وحده. فإن أراد أن يصفق في غير الربع الذي اشتراه فكذلك أيضا كما يفيده ما أجاب به سيدي عبد الواحد الونشريسي ونقله ميارة. قاله التسولي. ووجهه أن هذا الربع الذي اشتراه مفردا إن باعه وحده قل ثمنه، وإن باعه مع جملة الدار، كثر ثمنه، وليس له أن يصفق على غيره ليربح فيما اشتراه وحده.

فإن قلت : هذا ظاهر فيما إذا باع الجميع وليس بظاهر فيما إذا صفق على غير الربع الذي اشتراه.

قلت : بل هو ظاهر أيضا لأنه قد يتفق مع المشتري على بيع الجميع، ويبيع له ما عدا الربع صفقة في الظاهر، فإذا تم البيع، كمل له بيع الربع أيضا، فتمكينه من الصفقة في ثلاثة أرباع، كتمكينه من الصفقة في الجميع تأمله والله أعلم.

ووقع السؤال عما جرت به العادة من إعطاء دراهم لمن يبيع الصفقة زيادة على حقه أجرة على تطوفه على الشركاء، وإلجائهم إلى إتمام البيع للمشتري أو ضم المبيع من يده، بأن يكتب في الرسم البيع بمائة ريال مثلا لجميع المشتري وزيادة عشرين ريالا أخرى هي للبائع على جميع بقية الشركاء للضم أو تسليم الصفقة للمشتري. فهل ما ياخذه البائع المذكور جائز له أو لا؟ وهل يلزم المشتري أو الذي ضم من يده هذا الزائد أو لا؟

والجواب أنه جائز له أخذه و يلزم من ضم الصفقة دفعه ولا شيء فيه، لأنه من اجتماع البيع والإجارة في عقد واحد وهو جائز لأنه لا منافاة بينهما إذ البيع هو العقد على الرقاب والإجارة هي العقد على المنافع، فكلاهما بيع في الحقيقة، وإنما اختلفا بالاصطلاح لا غير. ولا يقال:إن جمعهم واجب على البائع، فكيف ياخذ أجرة على الواجب عليه،لقول أبي زيد الفاسي في عملياته تبعا لغيره :

وجمعها على الذي قد باع يجري على ذلك ما استطاع

لأنا نقول : ليس ذلك بواجب عليه أصالة من قبل الشارع بحيث يأثم بتركه كالصلاة والصوم، وإنما هو شيء أوجبه على نفسه بمال يقبضه من المشتري أو ممن ضم الصفقة منه لأنه كان مخيرا بين أن يبيع صفقة ويتطوف على جميع الشركاء بلا شيء أو بمال، فاختار الحالة الثانية بمنزلة من وجبت له الشفعة أو الحضانة مثلا، فهو بالخيار بين أن يأخذهما أو يتركهما على مال كما تقدم. وبعبارة ليس المراد بالوجوب هنا المصطلح عليه بين الفقهاء وهو ما في تركه عقاب، حتى يمنع

البائع من قبض الأجرة عليه، ويكون بحيث إن لم يتطوف عليهم وتطوف عليهم المشتري حتى جمعهم آثما، وإنما المراد به أن الحاكم يحكم له، إذا ترافعوا إليه لا غير، فاشتراط الأجرة فيه على التطوف لا مانع منه، بل يقضى له بها، إن اشترطت وإلا فلا، وتقدم كلام الرهوني وابن كوثر والدر النثير فراجعه ففيه الكفاية إن شاء الله، والله اعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به (هـ).

الحمد لله، وقع السؤال عن شريك مع أخيه بالنصف في بلاد وبوسطها اجنة، وتوفي الأخ فأحاط بإرثه أولاده، ثم قام عمهم يطلب القسمة للأجنة ليميز نصفه وأثبت بذلك موجبا بقبولها للقسمة أنصافا وأثلاثا وأرباعا وأثمانا بأهل المعرفة، وسلم بعض الورثة الموجب، وامتنع الباقي. هل يجبر الممتنع أم لا؟ وعلى من تكون اجرة القسام وكيفية قسمتها؟ ولكم الأجر والسلام.

الحمد لله، والله الموفق إنه حيث ثبت بأهل المعرفة قبول الجنات المذكورة للقسمة وامتنع منها بعض الشركاء فإنه يجبر عليها، ففي التحفة :

فقسمة القرعة بالتقويم تسوغ في تماثل المقسوم

قال الشيخ التاودي: أي أو تقاربه. ثم قال: وأما الجنات، فإن كانت ثمرة كل واحدة منها صنفا مخالفا للأخرى، أفرد كل صنف وقسم على حدة إن قبل القسم، وإلا جمع بعضه إلى بعض وقسم كحائط واحد فيه اشجار مختلطة مختلفة. (هـ) ثم قال في التحفة :

ومن أبى القسم بها فيجبر

أي إلى من دعا إليها ويحكم عليه بها. خليل. وأجبر لها كل إن انتفع كل وفي أجوبة ابن الحاج في رجلين كانت بينهما قرية مشاعة بنصفين، فمات أحدهما عن ورثة فقال شريكهم : نقسم مناصفة ثم اقتسموا نصفكم. وقال الآخرون : بل نقسم على أقل الأنصباء أنها لا تقسم على أقل الأنصباء. بل الحكم فيها أن تقسم على الأشراك الأول وحتى يميز للشريك نصيبه ويبقى نصيب الميت لورثته يصيرون إلى ما توجبه السنة. قال وجدتها مكتوبة عند أبي عبد الله محمد بن

فرج. (هـ). نقله في شرح العمل المطلق عن صاحب المعيار عنه وزاد. قلت : ما في الأجوبة المذكورة هو الذي توافقه النصوص التي وقفت عليها من كلام الأئمة، فذكر نص المفيد وابن سلمون والجزيري. ثم قال ونحو هذا في التوضيح والأجهوري عن بهرام. (هـ). وفي البهجة شريكان مات أحدهما عن ورثة، فإن الورثة يجمعون في القسم أولا جبرا فيقسم الملك نصفين للشريك ونصفه للورثة ثم يقسم الورثة ثانيا فيما بينهم. هكذا في ابن الحاجب والتوضيح وابن سلمون وغيرهم. قال وبه تعلم ما في المعيار عن ابن العواد.

وأما أجرة القسام ففي التحفة :

وأجر من يقسم أو يعدل   على الرؤوس وعليه العمل

المتيطي وبه القضاء، وقيل إنها على قدر الأنصباء كالشفعة. قال الباجي في وثائقه : وبه العمل التسولي، فهما قولان : عمل بكل منهما الشيخ التاودي العمل عندنا اليوم في الوثيقة والقسم أنه على الأنصباء. (هـ) والله أعلم، عبيد ربه جعفر ابن ادريس الكتاني لطف الله به. (هـ).

وأجبت عقبه : الحمد لله، الجواب أعلاه صحيح في غنى عن مزيد التصحيح، فحيث ثبت بأرباب البصر أن الأرض المذكورة تقبل القسمة أنصافا وأرباعا، فلا إشكال في أنه يصار لذلك، ويجبر عليه الممتنع، لقول المختصر تبعا لأهل المذهب : وأجبر لها كل إن انتفع كل. وقال الشيخ الرهوني في حواشيه عند قول المختصر : ولا يجمع بين عاصبين إلا برضاهم، ما نصه : وقول الزرقاني لانه إن كان لموروثهم شريك أجنبي جمعوا وإن أبوا ظاهره، وإن كان نصيبهم لا يقبل القسم بينهم وهو كذلك كما يفيده ما قدمناه عن اللخمي وغيره عند قوله : وقدم مشاركه في السهم، وقد صرح بذلك في المجموعة ونقل كلامها ابن هشام في مفيده وسيدي عبد القادر الفاسي في أجوبته، وانظر كلام الشيخ ميارة في شرح الزقاقية عند تكلمه على بيع الصفقة. ففي انقاله ما يكفي والله أعلم. (هـ). ولذا قال العلامة السجلماسي في شرح قوله :

وشرط قسم الدار أن يصير في   نصيب كل واحد ما يكتفي
به من الساحة والمساكن   وكل ما به ارتفاق الساكن

بعد كلام في المسألة ما نصه : وإذا وقفت على هذا، تبين لك أن جريان العمل في قسم القرعة بأنها تكون على أقل الأنصباء ليس عاما في جميع الصور التي تكون فيها القرعة. الخ...

وحاصله أن العمل في قسم القرعة بكونها على أقل الأنصباء مقيد بغير نحو نازلة السؤال، أما هي فتقسم على الأشراك الأول حتى يتميز للشريك نصيبه، فإذا تميز له نصيبه بقي نصيب الميت بين ورثته يصيرون فيه إلى ما توجبه السنة،والله أعلم. قاله وكتبه موافقا على الجواب أعلاه المهدي لطف الله به (هـ).

الحمد لله، نص فتوى بإبطال الموجب الذي شهد به أرباب البصر محمد عباد والمعلم ادريس بن مخلوف البناء والتاجر الحاج الطاهر بن الحاج الطيب برادة :

الحمد لله، ما شهد به أرباب البصر أعلاه باطل لمخالفته للشريعة المطهرة من وجوه.

أولها : أن بيع الصفقة لا قيام فيه بالغبن على ما جرى به عمل فاس لقول ناظمه :

والغبن فيه ليس ذا تصور   لقابل التخيير والتخير

ولا فرق بين كون البيع بها على محجور أو رشيد. قال الرباطي في شرحه نقلا عن المجاصي في جواب له عن حانوت أمضى ولي المحاجير البيع في نصيبهم منها مع الرشداء الذين باعوها صفقة ما نصه : إن النظر في النازلة مقصور على الضم والترك. أما البخس والسداد فلا نظر فيه هنا اذ البيع جبري لإرادة الشريك البيع. وما كان كذلك فلا التفات فيه للسداد ولا لعدمه، فإن الناظر مخير في الأخذ ان رآه للغبطة ورخص الثمن أو التكميل إن لم يره ومن خير ما غبن مع أن الرشداء في الغالب لا يبيعون إلا بعد الاستقصاء، فكفى المحاجير مؤونة الثمن

غلاء ورخصا، وقد أشار في التوضيح إلى نحو هذا وبمثله أجاب القاضي سيدي محمد ابن سودة رحمه الله (هـ).

ثانيها : أن اعتبار الغبن في بيع حظ المحجور فقط مع أن البيع وقع في الجميع مما لا معنى له، إذ لانظر للجزء في بيع الكل، لأنه إنما بيع مضافا للكل، فلا يصح اعتبار الغبن فيه وحده، وإنما يصح فيه الغبن إن بيع وحده. أما حيث بيع مع الجملة فلا، وهذا ضروري، فسماع دعوى الغبن في مثل هذا إنما هو من الجهالات التي لا دواء لها.

ان دام هذا ولم يحدث له غير   لم يُبْكَ مَيْت ولم يفرح بمولود

ثالثها : أن إثباتهم الغبطة في بيع الصفقة مخالف للنصوص بأسرها. قال ابن عبد السلام بناني في شرح الزقاقية على قولها : وذي شرك.الخ... ما نصه أي شريك مريد فيما لا ينقسم بيعه صفقة ولا مال لليتيم يضم له به الصفقة فتباع حصته مع شريكه وإن لم يستبدل خلافها أو لم يكن في الثمن المبيع به سداد لان اعتبار شرط السداد في الثمن إنما ذكره الأئمة فيما بيع من حصة اليتيم مفردة.الخ...

ثم قال : وتقييدنا إرادة بيع الشريك بما لا ينقسم تبعا لابن عرفة هو المشهور، لكن الذي به العمل أن القابل للقسم كغيره.إلخ... فإذا لم يعتبر السداد في مال اليتيم إذا بيع صفقة فعدم اعتبار الغبطة فيه أحرى لأن الغبطة أكثر من السداد، إذ السداد أن يكون لا غبن فيه والغبطة زيادة نحو الثلث على الثمن المعتاد. وقال الشيخ الرهوني على قول المختصر : والسداد في الثمن ما نصه : وقالوا فيما إذا باع شريك المحجور صفقة ورفع المشتري أمره إلى السلطان أنه يمضي ذلك في حق المحجور إن ظهر له إمضاؤه حتى قالوا:إنه إذا أمضاه لا قيام للمحجور في ذلك بعد رشده ولو ثبت أن الضم له كان أولى وأنه كان إذ ذاك ما يضم به وهذا أمر ظاهر حتى إنه مذكور في شرح الزقاقية كامله. (هـ). ونحوه في شرح العمل وفي حاشية التسولي على قول الزقاق، وكذا الذي يجري من البيع صفقة،

ونصه : قول التاودي إذا كان أحد الشركاء غائبا، فإن الحاكم يبيع عليه.الخ.. يعني وكذلك إذا كان محجورا ولا ينظر حينئذ لكونه أولى ما يباع عليه، لان البيع جبري ولا سداد في الثمن، لأن الغبن فيه لا يتصور.الخ...

ومثله في جواب لابن إبراهيم، مفتي فاس، فهذه كتب المتأخرين مشحونة بأن السداد غير معتبر في بيع الصفقة، فكيف تعتبر فيه الغبطة. وأما رابعا فقولهم: ولا يمضي عليه إلا بزيادة مائة ريال وخمسين ريالا إلى قولهم : وحينئذ يمضي عليه البيع.الخ... حكم شرعي وليسوا من أهله، وإنما شأنهم تقويم المبيع واختبار ثمنه. هل فيه بخس أو لا؟ وأما المضي وعدمه فهم بمعزل عنه لأنهم من العوام الذين لا يفرقون بين الحلال والحرام. فالاعتماد عليهم في الأحكام الشرعية، إنما هو فتنة وضلال وبلية.

لقد هزلت حتى بدا من هزالها كُلاها وحتى سامها كل مفلس

ولذا قال القاضي المكناسي : وعلى القاضي أن ينظر في شهود البصر، ويشترط عليهم أن لا يحكموا في حائط لأحد المتنازعين، وإنما يصفونه بما يزيل الإشكال وينظر هو فيه، والله أعلم. (هـ). قاله وقيده عبد ربه المهدي لطف الله به (هـ).

الحمد لله، ما كتبه المفتي أعلاه صحيح، إذ ما شهد به أرباب البصر بالموجب الملتصق باطل، والوجوه المبينة اعلاه واضحة. أما بيع الصفقة، فلا قيام فيه بالغبن، ولا إشكال، وكفى به قول صاحب العمل :

والغبن فيها ليس ذا تصور.الخ...

وأما ملاحظة الغبن في واجب المحجور فقط، دون اعتباره في غيره، فمما لا معنى له، وأما اعتبار الغبطة في واجب المحجور، مع كون البيع صفقة، فلا نعلمه منصوصا، وأما تحكم أرباب البصر وجزمهم بزيادة كذا في واجب المحجور، فهو من العمل بالرأي، وفيه خروج عن الشريعة المطهرة، عاملنا الله وتداركنا برحمته. وكتبه محمد بن الرشيد العراقي الحسني، كان الله له. آمين.(هـ).

الحمد لله، ما سطر أعلاه صحيح، والنصوص التي نقلها الأول في عين النازلة فلا تحتاج لمزيد تصحيح. وما قاله أرباب البصر، لا وجه له في الشريعة، لأن بيع الصفقة لا يتصور فيه الغبن، لأن من خير في شيء ما غبن، وهذا نص العمل ينادي على ذلك، والغبطة إنما هي في بيع مال المحجور مفردا مع شروط بيع. وأما بيع حصته مع شركائه وأمضى عليه من يجب، فلا كلام له، كما نص عليه غير واحد. والغبن والغبطة في غير بيع الصفقة مع الشروط كما هو مقرر ومعلوم، وهذا كله من ضروريات الفقه والله أعلم. وكتبه عبد ربه محمد احجيج العمراني الحسني الله وليه ومولاه. (هـ).

وسئـــل أبو حفص الفاسي عمن لها حظ ضعيف في أرض لا يسعها في الحرث، ولو بنصف فرد ولا قدرة لها على الحرث ولا وسع لديها بذلك، ولها شركاء ترمي عليهم من يزاحمهم فيها ويخاصمهم، وعليهم ضرر كثير في ذلك، فهل سيدي إذا أكرت حظها للغير بما يشبه، لهم أخذه بالشفعة؟ وكذلك إذا أعطته مجانا فهل لهم أخذه من يده بكراء المثل؟ وكيف العمل في ذلك؟

فأجاب بما نصه : الحمد لله، الجواب والله الموفق للصواب، أن من طلب قسمة الأرض المذكورة أجيب ولا شبهة في جواز الأخذ بالشفعة، إن أكرت المرأة المذكورة حظها في الأرض، لما جرى به العمل من الشفعة في الكراء. وأما إذا أعطت حظها مجانا لمن يزاحم شركاءها ويخاصمهم، والفرض ما ذكر من أنه ضعيف لا يسع الحراثة، فهي هبة ضرر ترد، على ما أفتى به قاضي الجماعة بتونس أبو الفضل قاسم بن محمد بن أحمد القسمطيني، في رجلين تنازعا في ربع بيد أحدهما، وقاعد خصمه مرارا فوهبه لغيره، أنه ترد الهبة إلى ربها، وتوقف حتى يحكم بينهما، فإن صح له الربع للموهوب له وإلا فلا. (هـ). وكتب عبد الله تعالى عمر الفاسي.(هـ).

نوازل القراض

سئـل الشيخ المسناوي رحمه الله عن رجل دفع لآخر قراضاً، وإثر الدفع سافر العامل وصاحب المال مع ركب الحاج للحج، ولم يزل العامل يدير القراض بين يديه في طريقه للحج إلى أن وصل إلى مكة المشرفة، وفيها دفع له أيضا صاحب المال، قراضا آخر، وسافر العامل بالقراضين معا إلى بلاد الهند وهما بيده حين سافر بهما ذهب وريال فضة. ولما وصل إلى بلاد الهند دفع جميع ذلك لدار الضرب، وسك كله بالسكة الهندية، وأخذ في اشتراء السلع الهندية. وبعد نحو خمسة عشر شهرا من يوم سفره من مكة انتهى إلى هذا العامل خبر موت صاحب المال وحين علم بموته كان ما تحت يده من القراضين نحو نصفه عين مسكوك بالسكة الهندية ونحو نصفه سلع هندية وبعد علمه بموت صاحب المال قدم إليه رجل هو وكيل ورثة صاحب المال ووجده على عمله وإدارته، ولم يذكر العامل لهذا الوكيل مع علمه بأنه وكيل أن مال القراضين صيره حين علم بموت رب المال في ذمته، وأخذ بعد التصيير يتجر فيه لنفسه بل استمر على عمله مدة ثم سافر إلى مكة المشرفة، وبقي الوكيل ببلاد الهند. ولما وصل إلى مكة المشرفة وجد بها رجلا هو صهر لصاحب المال وبيده مال لصاحب المال، فدفع هذا العامل للرجل المذكور البعض مما تحت يده من القراضين سلعاً بعث بها معه ليوصلها لورثة صاحب المال لمدينة فاس، ولم يذكر تصييره القراضين في ذمته. وبعد هذا ارسل كتابا لورثة صاحب المال اعلمهم فيه بأن السلع التي قدم بها من بلاد الهند باع نصفها بمكة المشرفة، والنصف الآخر سافر به إلى مصر وبها باعه بثمن عال. كما أعلمهم في الكتاب المذكور، أنه صالح بمكة المشرفة بعض من تتقى سطوته على مالهم بعدة مثاقيل من الذهب، لما خشي أن يتعدى من ذكر على مالهم ويبسط اليد إليه. كما أعلمهم فيه أيضا بأن هذا السفر الذي وقع منه لبلاد الهند حصل فيه ربح وافر نشأ عن مال القراضين. ثم بعد هذا في العام السادس من العام الذي قبض فيه القراض الأول، قام هذا العامل مدعيا على الورثة المذكورين أنه إثر علمه، وهو ببلاد الهند بموت موروثهم : صاحب مال القراضين، رفع يده عن تحريك المال

المذكور على أنه قراض لهم، لما خشي من ضمانه وأنه حينئذ صيره في ذمته، وأخذ يتجر فيه لنفسه. فهل له والحال ما ذكر أن يرتكب هذا التصيير، وهو بتلك البلاد أم ليس له ذلك؟ وهل القول قوله في ذلك أم لا؟

فأجاب : الحمد لله، ليس للعامل في نازلة السؤال أن يصير مال القراض المذكور في ذمته ويتجر فيه لنفسه حتى يستبد بربحه لما خشي من دركه، لو حركه على وجه القراض بعد موت ربه، وإن فرضنا أن المال ما زال كله عينا بيده، لان موت رب المال، إنما أدركه وهو في غير بلد القراض متورطا في السفر. والحكم فيما كان كذلك : أن يمضي العامل فيه على عمله، وإن كان المال بيده عينا كما لو أدركه خبر موت رب المال، وقد شغل المال وأنفقه وصار بين يديه سلعا، وإنما يؤمر بالكف عن تحريكه على وجه القراض، بعد موت ربه حتى يلحقه الضمان بتحريكه، ويمكنه إذ ذاك تصييره في ذمته، واتجر فيه لنفسه لو وقع موت رب المال، والعامل ببلد القراض. أما بعد غيبته وسفره فلا. كما قيد به ابن يونس المدونة وتلقى من بعده تقييده المذكور بالقبول. قال ابن عرفة : وفيها لمالك إن علم العامل بموت رب المال والمال بيده، فلا يعمل به الصقلي يريد وهو في بلده لم يخرج منه لاتَّجَرو فيها، وإن لم يعلم بموته حتى ابتاع به سلعا مضى ذلك على القراض. الصقلي يريد : وكذلك إن ظعن به فليمض على قراضه، وإن لم يشغل المال. (هـ).

ومثله للشيخ أبي الحسن الصغير في شرح المدونة جازما بالتقييد المذكور ومقتصرا عليه، وكذا الشيخ خليل في التوضيح مقيدا بذلك كلام ابن الحاجب وتبعه الشارح فقيد به كلام المختصر، وكذا المواق. فإنه نقل كلام ابن عرفة المتقدم كالمقيد به كلام خليل. وممن جزم بالقيد المذكور على أنه المذهب من غير عزو لأحد كما هو الشأن في المسائل العارية من الخلاف أو ما في حكمها. العلامة ابن عبد السلام في شرحه على ابن الحاجب ونصه : قال مالك فيها : وإذا علم العامل بموت رب المال، والمال بيده عين يريد وهو في البلد لم يظعن فلا يعمل به. (هـ). ووجه شيخ شيوخنا أبو محمد عبد الواحد ابن عاشر التقييد المذكور بقوله : لتعلق حقه، يعني العامل بتورطه بالسفر. (هـ). فيلحقه الضرر، ولو نهى عن العمل

بمال القراض وتممه بعض محققي شيوخنا بأنه : إذا كان مأذونا وناله في العمل بالمال للعذر المذكور، لزم أن يبقى الأمر عليه فيبقى الربح بينه وبين الوارث، كما كان بينه وبين موروثه، ولا سبيل له إلى الاستبداد به، إذ هو خلاف ما وقع العقد عليه. وإذا تقرر هذا فقول التتائي في كبيره : إن المصنف لم يعتمد تقييد ابن يونس غير مسلم. إذ سكوته عنه لا يقتضي عدم اعتماده لما عهد من سكوت أرباب المختصرات عن قيود كثير من المسائل مع الاتفاق على اعتبارها. وكم في المختصر من أمثال ذلك، كما لا يخفى على من له أدنى ممارسة به وكيف يمكن أن لا يعتمده مع اعتماد من ذكر من الأئمة المعتبرين له وعدم ذكرهم لخلافه وموافقته هو لهم في توضيحه. ومن العجب عدم تعقب الشيخ النقاد أبي الحسن علي الأجهوري لكلام التتائي مع حكايته له، ولكن الكمال إنما هو لله وحيث كان الحكم ما ذكر فلا حاجة إلى الاستظهار بما ذكر في السؤال من تلك الأمور التي هي ظاهرة في نفي دعوى العامل المذكورة للاستغناء عن ذلك بما تبين أن دعوى العامل المذكورة غير مقبولة، وإن انتفت تلك الأمور المقولة. نعم توجب تلك الدعوى عليه أنه إن وقع في المال خسر أو ضياع فإنه يختص به، ولا يكون عليه وعلى أربابه لإقراره أنه صيره في ذمته ولم يعمل فيه إلا لنفسه فيؤاخذ بإقراره فيما يكون عليه لا فيما يكون له على ما هو المعهود في الإقرار، والله أعلم. وكتب المسناوي كان الله له. (هـ).

قلت : قال المحشي بناني : تقييد ابن يونس، هو المعتمد عند أبي الحسن وابن عرفة وغيرهما (هـ). وقال الرهوني : هو المعتمد عند ابن ناجي أيضا إذ أتى به تقييدا للمدونة. قف عليه.

وسئل الشيخ الرهوني عن رجل دفع لآخر مالا يتجر به على وجه القراض، فسافر به العامل واشتغل يعمل فيه على الوجه المذكور زمانا طويلا.ثم إن رب المال أرسل نائبا عنه يقبض منه المال المذكور وربحه إن كان، فوجد العامل إلى الآن لم ينض له المال المذكور كله، وإن بيده سلعا للتجارة من المال المذكور فطلب منه النائب المذكور أن يحاسبه قبل نضوض المال كله ويبحث عنه فيما باع

أو اشترى، فامتنع العامل من ذلك، وقال له لا تحاسبني حتى أبيع ما بيدي من السلع، وأنض وأبين لك ما عندي من ربح أو ضده محتجا عليه بكونه أمينا، فهل يجاب النائب لذلك أم لا؟

فأجاب : لوكيل رب المال ما طلب من اطلاعه على ذلك، فإن له حقا في ذلك، ولأنه يجب على رب المال تزكيته ولا يتوصل إلى ذلك إلا باطلاعه على قدر ذلك من ناض وسلع. ومثل هذا جلي لا يحتاج إلى جلب نص. هذا إن كان القراض صحيحا، فإن كان فاسدا، فللوكيل محاسبته وأخذه بجميع ما بيده من ناض وغيره بربحه، ويدفع له أجرة مثله كما بيناه في جواب في غير هذا بالنص الصريح، والله أعلم. قاله وكتبه عبيد ربه محمد بن أحمد الحاج وفقه الله بمنه. (هـ).

وأشار بقوله كما بيناه في جواب في غير هذا بالنص. إلى جواب تقدم منه وهو أنه كان **سئـــل** عن رجل دفع لآخر بتونس مالا يتجر به على وجه القراض، واشترط عليه رب المال أن يشتري من تونس بمال القراض السلع الرائعة بالمغرب، ويذهب بها إليه ويتجر فيه، فإذا أراد القدوم منه إلى تونس، اشترى منه ما يروج بتونس من السلع وأتى بها إليه. فسافر العامل المذكور من تونس إلى المغرب بما ذكر واشتغل يتجر به إلى أن قدم عليه بالمغرب نائب رب المال، بتوكيل منه إليه، على أن يقبض منه مال القراض وواجبه من ربحه إن كان. وطلب منه أن يمكنه من ذلك بالمغرب، قبل أن يتشري منه شيئا من السلع، وياتي بها إلى تونس، فامتنع العامل من ذلك، وأبى أن يمكنه منه هنا، واحتج بأن العقد وقع بينه وبين موكله على الحكاية المذكورة. فهل القراض مع الشرط المذكور صحيح أو لا؟ وإذا قلتم بالأول، فهل القول في قبضه بالمغرب قول الوكيل ويقضى له بما طلب، أو القول قول العامل، فلا يقضى عليه برفعه هنا، ويجب عليه أن يصبر حتى يقبضه بتونس، عملا بمقتضى الشرط.الخ...

فأجاب : الحمد لله، القراض على الوجه المذكور فاسد، يجب للعامل فيه أجر مثله، والربح إن كان لرب المال وحده، ففي رسم البيع والصرف من سماع

اصبغ من كتاب القراض ما نصه : **وسئل** ابن القاسم عن الذي ياخذ المال قراضا على أن يخرج للفيوم أو إلى البحيرة يشتري طعاما، فقال : لا بأس بذلك. قيل له : فالمكان البعيد نحو برقة وإفريقية على أن يخرج إليها يشتري بها. قال لا بأس بذلك. قال القاضي: إلى هذا نحى ابن حبيب في الواضحة، من أن ذلك جائز، ما لم يتشرط عليه جلب ما اشترى هنالك من السلع إلى هنا، أو يشتري هنالك سلعا يسميها وياتي بها أو يحمل من هنا سلعا إلى هناك يبيعها ثم، فيكون أجيراً،لأنه رسول بأجرة،وهو خلاف ما في المدونة، لأنه لم يجوز فيها أن يدفع الرجل إلى الرجل مالا قراضا، على أن يخرج إلى بلد من البلدان يشتري فيه تجارة لأنه حجر عليه أن لا يشتري حتى يبلغ ذلك البلد. (انتهى). محل الحاجة منه. قاله وكتبه عبيد ربه محمد بن أحمد الحاج وفقه الله. (هـ).

وسئل أيضا عن رجل آخذ مالا قراضا من رجلين، أحدهما دفع له ألف ريال، والآخر دفع له اثنى عشر مائة مثقال وخمسين مثقالا من مطابيع الذهب، فصرفها ـــ أي المطابيع ـــ بالريال، فكان جملة ما قبض في صرفها ألف ريال، لكون الريال كان صرفه وقتئذ اثنتي عشرة أوقية ونصفا، والحالة إن كل واحد من صاحبي القراض شهد عليه بما دفع له، فلما نض المال كان سعر الريال تغير، فرجع بثلاث عشرة أوقية ونصفا، دفع لصاحب المثاقيل عدده كاملا وقام رب الريال يقول : أعطيتك الريال فلا أقبض إلا الريال، فكان القول له في ذلك، والفرض أن مال القراض خلط كما هو الصواب. فبقي النظر لسيدنا في المائة مثقال التي يكمل بها عدد الريال، هل تكون من فائدة المالين معا أو من فائدة الريال فقط، بعد أن يقبض الربح على المالين وياخذ صاحب المثاقيل حصته من الربح كاملة، وإن قلتم بذلك، فهل لعامل القراض؟ فقال : إن قال لصاحب الألف من الريال لا ينقص من واجبي في الربح شيء، بل إن أردت كمال ألفك أزيدك من ربحك، أم ليس له ذلك، وإنما عليه كمال الألف من الريال من جميع الفائدة، ثم ما بقي منها يقسم على ما وقع عليه الاشتراط. أجيبوا. الخ...

فأجاب : الحمد لله، الجواب، والله الموفق لإصابة الصواب : إن المال يقسم نصفين لان عدد المالين المشترى بهما متساو على ما في السؤال أعلاه، فما ناب قراض ذي الذهب ياخذ منه رأس المال بعينه، أي عين سكته، والباقي يقسم بينه وبين العامل على قدر ما اتفقا عليه، وما ناب قراض ذي الريال ياخذ منه ربه ألف ريال كما خرج من يده ولا علينا في قيمته زادت أو نقصت، فإن فضل عن الألف التي كانت رأس المال فهو بينه وبين العامل على ما دخلا عليه. أما كون المال يقسم على قدر المالين فشواهده مشهورة، فإن عامل القراض إذا خلط القراض بماله أو بمال قراض بيده لشخص آخر فالربح والخسر بقدر المالين. وذلك منصوص في المدونة وغيرها، ولا نعلم فيه خلافا لا منصوصا ولا مخرجا. وأما كون رب المال يقضي له بعين السكة التي خرجت من يده ولا يكون الربح إلا بعد أخذه ذلك، فنصوص المتقدمين والمتأخرين من الموثقين وغيرهم، أشهر من أن تحتاج إلى جلب نص عليه. وإذا اتفق أهل المذهب على أن الواجب لرب المال في رأس ماله وهو عين السكة التي دفعها، واتفقوا على أن الربح هو ما زاد على رأس المال، علم أنه لا مقال للعامل، وأنه لا يلتفت إلى قوله:إن أردت كمال ألف، كمله من خصوص مالك. الخ...

وما يتخيل من أن محل كلام أهل المذهب حيث بقيت السكة المدفوعة أولا على حالها لا يلتفت إليه، بل أهل المذهب نصوا على أن تبديل السكة لا تأثير له، وأن الواجب في المعاملات كلها سكة تاريخ المعاملة، ولا خلاف بينهم أعلمه في مثل نازلتنا وهي تغيرها مع بقاء المعاملة بها، وكون الزيادة أو النقص بقدرما بين العددين المذكورين في السؤال، والله أعلم. قاله وكتبه عبيد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج وفقه الله. (هـ).

وسئـل أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عمن أخذ قراضات كثيرة وكان قادرا على العمل فيها وخلطها كما هو جائز له عند ابن القاسم، وصارت الأموال مالا واحداً واتجر فيها وقبل النضوض من ذلك، اعطى بعضها دون بعض.

فأجاب : إنه ممنوع من ذلك. قال في الرسالة : ولا يقتسمان الربح حتى ينض رأس المال. قال القلشاني عليها : لأنهما إذا اقتسما قبل النضوض، ثم

حصل في المال وضيعة جبراها مما اقتسماه من الربح، فلم يكن للاقتسام معنى. قال ابن المواز أخبرني بعض أصحاب مالك عنه: أنه لا يجوز أن يتفاصلا حتى يحضر جميع المال، ثم يقبض رأس ماله، ثم يقتسمان الربح. وحكى ابن حبيب عن مالك وربيعة والليث وغيرهم أن العامل إذا أخبر رب المال بما نقص رأس المال فقال : اعمل بما بقي، فقد أسقطت عنك ما ذهب، فهو قراض مؤتنف إذا بينه هكذا. قال ابن حبيب : وأما اذا كان العامل ذكر لرب المال على وجه الاختبار لا على وجه المفاصلة أنه خسر في المال، فحكم القراض الأول باق، يعني فما حصل من ربح بعد ذلك، فإنه يجبر الضائع من رأس المال، واختار الأشياخ قول ابن حبيب. (هـ). ومفاده ومفاد غيره مخاصة كل غيره في نازلتنا، ولا يسند احد بشيء من ربح ولا غيره ويدخله ما في الفلس من قضاء بعض غرمائه دون بعض ومذهبها الجواز ما لم يفلس. وقال ابن القاسم : لا يجوز، ورواه عن مالك.(هـ).

وسئــل أيضا عن عروض دفعت لرجل على أن يبيعها دون أجر ويجعل ثمنها تحت يده قراضا.

فأجاب : إن الراجح في ذلك أنه لا يجوز، لأنه من القراض بالعروض والمذهب منعه، كما لابن عرفة وغيره. وهو مذهب المدونة. قال فيها : ويفسخ ذلك، وإن بيع ما لم يعمل بالثمن. وقيد اللخمي المنع بما إذا كان في بيعه كلفة، ولذلك أجرة لها خطب قال الحطاب : ولم يلتفت المصنف لتقييد اللخمي وجعله خلافاً. وقال المازري : لو قال خذ هذا العرض وامض به إلى البلاد الفلاني، وادفعه إلى فلان يبيعه ويقبض ثمنه لنفسه، فإذا قبض ثمنه فخذه منه، واعمل به قراضا بيني وبينك، فإن ذلك جائز بلا خلاف. (هـ). وفيما إذا استأجره على بيعها ثم يعمل به قراضا خلاف أجازها ابن أبي زيد. ونقل عن القابسي المنع، كما في الرصاع وغيره، وقف على ابن ناجي على الرسالة في حكاية ما وجد لابن أبي زيد وما به أجيب عنه. (هـ).

وسئــل أيضا عن نازلة نزلت بحضرة فاس، وذلك أن رجلا من البلد المذكور ظعن إلى مصر بقصد التجارة وصحب معه مالاً قراضاً وبذمته مال آخر،

فارسل سلعا من مصر إلى الأسكندرية بيد رجل يوجهها إلى فاس، فلما وصلت اختصم فيها أرباب القراض مع ارباب الديون التي في الذمة.

فأجاب : إنه يختص بها أرباب الديون، ولا دخل لأرباب القراض معهم، لأنهم لا يدخلون إلا بأحد أمرين : موت العامل أو تعديه، ولا واحد منهما بحاصل.

دليل الأول، وهو مذهبها قول المتن : ومن هلك وقبله كقراض أخذ، وإن لم يوجد وحاص غرماءه.الخ...

ودليل الثاني ما في المعيار عن القابسي في نحو قضية السؤال، ونص المراد من جوابه، وما فساده بالذي يدخله في الضمان، لأنه بأمر رب المال عمل، ولكن بالتعدي الموصوف-أولا جاز لرب المال القيام عليه،ويضمنه ما ثبت له ربحا ويحاص به غرماءه على ظاهر التعدي، ودليلهما نقل الناصر في حواشي التوضيح عن أبي الحسن في باب المفقود ما نصه : لو دفع قراضا إلى أجل كشهر، ثم سافر به العامل للتجارة، ثم رفع رب المال أمره إلى الحاكم ليعديه في مال العامل الحاضر، فليس له ذلك، لأنه يحتمل أنه خسر في المال أو ضاع بغير تفريط منه، فلا يعده حتى يثبت أنه تصرف لنفسه أو تصرف على وجه يوجب ضمانه في ذمته، بخلاف من أخذ القراض فمضت مدة ولم يحركه، ثم مات ولو يوجد ولم يوص به، فإنه يعديه فيه بعد أن يحلف رب المال أنه لم يوصله إليه، ولا قبض شيئا. قال : وهذا مذهب المدونة. نقله الشيخ عن ابن الفخار. (هـ).

وفي ابن سلمون في فصلي النفقة، والقراض ما نصه : وفي مسائل القاضي أبي عبد الله بن الحاج، إذا كان عند المفقود قراض أو وديعة، فلا يحكم بأخذهما من ماله حتى يحكم بتمويته، بخلاف الديْن في الذمة، لأنه لا يدرى ما يقول فيهما، ولعله يقول : إنها ضاعت أو خسر في القراض، وما أشبه ذلك. قال : ونزلت فأفتيت بذلك. (هـ).

وسئـــل أيضا عن تصحيح ما أفتى به غيره من فسخ بضاعة من مسلم لذمي، بما فيه طول،وفصول،وتصحيح.

فأجاب : العقدة أعلاه ممنوعة. قال فيها : قال مالك : لا يجوز لمسلم أن يستأجر نصرانيا إلا لخدمة، إما لبيع، أو شراء، أو تقاض، أو ليبضع معه فلا يجوز (هـ). ابن شاس : ومطلق النهي عن العقد يدل على فساده، إلا أن يدل دليل على خلافه، هكذا حكى عبد الوهاب عن المذهب. (انتهى). المواق. وقال أبو علي عند قول المتن : « وفسد منهي عنه إلا لدليل» ما نصه. ظاهره وإن احتمل أن يكون نهى كراهة، وهو كذلك يدل عليه قول ابن شاس مطلق النهي. الخ... ولا فرق بين عبادة ومعاملة كما في الذخيرة. (هـ). وقال الحطاب : قد اختلف الأصوليون، هل النهي يدل على فساد المنهي عنه. قال ابن عبد السلام : هذا هو المشهور في مذهبنا. (هـ). وكل هذا يدل على أن هذه العقدة يجب فسخها ونبذها، ولا يحل بقاؤها، لأنهم كما قال ابن يونس معللا ما تقدم عن المدونة : يتعاملون بالربا، والله الموفق. (هـ).

وسئـــل أيضا عن عامل قراض شرط على رب المال أن لا نفقة عليه.

فأجاب : إنه من تحصيل الحاصل، إذ لا تكون النفقة من المال كما هو معلوم. ومفهوم من المتن وشروحه وغيرهما، وإنما عليه اتجر بالابتياع والبيع ومؤونتهما عادة، فيدخل ما يحتاج اليه التجر من كراء بيت وإجارة وغير ذلك من ضروريات تجر القراض. قاله الرصاع. وعليه أيضا كالنشر والطي الخفيفين، والأجر إن استأجر كما في المتن، وأصله لابن الحاجب، فيحتمل أن يكون تحامى عن هذا.ابن فتوح بقوله : للعامل أن يستأجر من المال، إذا كان كثيرا لا يقوى عليه من يكفيه بعض مؤونته، وعن الأعمال التي لا يعملها العامل، وليس مثله يعملها. (انتهى). من المواق. وبالجملة لا بد من سؤال الشاهد إن كان حيا، والرجوع لما قالته الأئمة، واحتمال أنه أراد أن النفقة من غير المال على رب المال كما به ضبب أعلاه بعيد يعود شرطه على القراض بالفساد، والله اعلم. (هـ).

وسئـل أيضا عن رجل له قراضات توجه بها إلى بلاد النصارى دمرهم الله تعالى، فأخذ في الطريق من بعض المسلمين مالا آخر على وجه القراض قبل وصوله لمنتهى سفره، وأضافه لما بيده وتوجه بالجميع إلى ما أراد وأنفقه، وآب إلى

بلده، فوجد رب المال في بعض بلاد الروم، لأنها طريقه إلى بلده، فطلب منه الاستنضاض، وأخذ رأس ماله وربحه سلعا بالثمن الذي يريد، فمكنه من ذلك وباعه له بما أراد، لأن له شوكة ومعرفة باللسان العجمي ومداخلة مع عمال الروم، وخوفه بأنواع المخاويف، ومنها تثقيفه وتثقيف متاعه، حتى الآن لقيه في بلاد الإسلام وحيث الحق ساطع، فأراد أن يتعقب عليه ما فعله معه، وأن يجريه على قانون الشريعة، لا على قوانين الروم والعجم.

فأجاب : إن رب المال قد تعدى على عامله فيما قاله له من التخويف، وفيما أخذه من السلع، فإن شراء رب المال منه مشروط بصحة قصده، كما في المتن وغيره، وأصله لمالك في الموطأ. الباجي : هذا كما قال ما لم يكن وجه الهدية لاَ بُقَاء المال بيده أو ليصل بذلك إلى شيء من الربح قبل المقاسمة. (هـ).

وفي المدونة : ليس لرب المال جبر العامل على بيع سلع قراضه لأخذ رأس ماله، وينظر الإمام فيها إن رأى وجه بيعها عجله، وإلا أخره إلى إبان سوقها.الخ... فإذا قال : أنا آخذ قيمة رأس مالي سلعا وأقاسمك باقي السلع على ما شرطنا، وأبى العامل، فذلك للعامل. قال في المدونة : لأنه يرجو الزيادة فيما ياخذه رب المال إذا جاءت أسواقها. (هـ). فحيث جبره على خلاف ما طلب منه وخوفه، وكان مثليا كان عليه مثله على نحو ما لهم في الغصب والعداء، وإن كان غير مثلي.فقال ابن عرفة عن اللخمي ما نصه : وكذا العامل إن أراد تعجيل بيعها وأبى أربابها، فإن عجله أحدهما قبل أسواقها رد بيعه، فإن فات بها مشتريها ردت بما بيعت به،إن كانت قيمتها يوم بيعها، والقياس أن يكون للمتعدى عليه مقال على البائع، فيغرمه الجزء الذي كان يرجو أن يربحه فيها. (هـ).

وسئـــل بعض الأكابر من فقهاء سلا حفظها الله من كل مكروه وبلاء، عن رجل دفع قراضا لآخر، على أن يشتري به جلودا يدبغها بيده، ثم يبيعها، فما رزق الله، يكون بينهما نصفين. ثم إن رب المال عمد إلى الجلود بعد دبغها فباعها، هل بيعه صحيح أم لا؟

فأجاب بتوفيق الله سبحانه: إن بيع رب القراض شيئا من سلع

القراض أو جميعها بغير إذن العامل غير جائز، وللعامل رده كما في المختصر وشروحه. غير أن هذا في القراض الصحيح، والقراض في نازلة السؤال فاسد ليس للعامل فيه سوى أجرة مثله في عمله، ولربه بيع سلعه، والربح والوضيعة له وعليه. قال في منتخب الأحكام : قال ابن القاسم : ومن دفع إليه مال على أن يشتري به جلودا فيعملها بيده نعالا أو ما أشبه ذلك، ثم يبيعها، فما رزق الله يكون بينهما نصفين، فلا خير فيه. قال : وكذلك أن يدفع إليه مالا على أن يصوغ ويعمل، واشترط صياغة يده، فما ربح كان بينهما، فإن عمل العامل على هذا كان أجيرا، وما كان في المال من ربح أو وضيعة فلصاحب المال وعليه. (هـ). ومن المدونة. قال ابن القاسم : لا يجوز اشتراط عمل يد العامل لخفاف أو صياغة، فإن نزل كان أجيراً، والربح والوضيعة لرب المال وعليه. (هـ). والعرف في ذلك كالشرط، كما لا يخفى، وبه يعلم صحة البيع المسؤول عنه ولزومه، والله تعالى أعلم. وكتب عبد الله سبحانه محمد المير لطف الله به آمين.(هـ).

وسئلت عمن ادعى على ورثة أن له على موروثهم عدداً من المال قراضا بخط يد الهالك، فكلفه القاضي بإحضاره، فوجد في وسطه شق قدرها تدخل اليد وأكثر، فأجابه الورثة بأنه باطل للشق الذي فيه، فاستظهر بخط يد أحد الورثة أنه طلب منه أن يطلعه على خط يد الموروث ليعرف ما فيه، فلما أراد أن يفتحه تمزق له بمحضره.

فأجبت : الحمد لله، إن كان الشق في غير موضع طي الرسم، فهو باطل، لأن العادة تمزيق الرسم عند أداء ما فيه، وإن كان في موضع الطي فلا يضره ذلك ولا يوهنه، لأنه كثيراً ما يقع في الرسوم تقطيعها من محل الطي فلا يدل ذلك على أداء ما فيها. ففي نوازل الوصايا من المعيار أن بعض الشيوخ. **سئل** عن رجل أوصى بثلث ما يخلفه لأم ولده، فوجدت الوصية مكتوبة في قطعة ملفقة بخياطة، فأقرت أم الولد أن الموصي خرج عليها فقطعها ولفقها بالخياطة.

فأجاب : هذا نسخ للوصية،لا سيما وقد أقرت أم الولد أن الفاعل لذلك هو الموصي. وفي حديث ابن عمر : أرى أن تشق الصحيفة فجعل شقها

لإبطالاًللحق. (انتهى). الغرض منه. تأمله. وأما الاستظهار بخط يد أحد الورثة أنه طلب منه. الخ... فلا يفيد شيئا، إذ ليس فيه تعيين للرسم الممزق، هل هو رسم القراض أو غيره؟ وإنما يفيد لو كان مكتوبا على ظهره أو أسفله مثلا، وأحال عليه، ومن المعلوم أن ما احتمل واحتمل سقط وإن الذمم لا تعمر إلا بيقين، على أنه ولو سلم هذا، فإنما يلزم صاحب الخط فقط في حظه، ولا يؤاخذ بقية الورثة بإقراره، إلا أن يكون عدلا، وكان مقرا به إلى الآن فيحلف معه صاحب الحق ويثبت، والله أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن رجل مات وترك أولادا، ثم بعد نحو ثلاثة أشهر استظهر أخوه برسم قراض عنده من والدهما تاريخه يزيد على الثلاثين سنة، وقد مات والدهما المذكور بنحو عشرين سنة، وتصارفا فيما بينهما بالبيع، والشراء، والأخذ، والعطاء في هذه المدة، ولم يذكر ذلك القراض في حياة أخيه إلى أن مات،الآن قام على أولاده، فهل تسمع دعواه أم لا؟

فأجبت : الحمد لله، رسم القراض أعلاه لا يفيد شيئا، لأن الائمة نصوا على أن من عنده قراض إذا مات ولم يوص به، ولم يوجد في تركته بعينه، وطالت مدته نحو عشرة أعوام من يوم أخذه من ربه أنه يحمل على الخسارة فيه. قال الزرقاني على قول المختصر : «ومن هلك وقبله كقراض أخذ وإن لم يوجد وحاص غرماءه» ما نصه : محل الضمان والمحاصة حيث لم يوص، ولم يطل الأمر، كما قدمه في الوديعة بقوله وبموته، ولم يوص ولم توجد الا لكعشر سنين. وأما إذا طال الأمر كعشر سنين، فقال ابن عبد السلام : إنه مذكور في الوديعة، ويتخرج مثله في القراض، بل هو أولى من ذلك لإذنه للعامل في التصرف فيه، فيحمل على الخسارة والبضاعة كذلك.

قلت : وإسقاط المصنف للقيد هنا، إما لأولوية القراض كما قال، أو لعدم نص اهل المذهب عليه، وهو إنما يبين ما به الفتوى. (هـ). ولما نقل الشيخ ميارة في شرح التحفة عن المدونة أنها قالت، قال مالك : ومن هلك وقبله قراض وودائع لم توجد ولم يوص بشيء، فذلك في ماله، ويحاص به غرماءه. كتب عليه أبو

علي ما نصه : أي ما لم يتقادم كعشر سنين، بدليل قول المختصر في الوديعة : «وبموته ولم يوص ولم توجد في تركته الا لعشـر سنين» والقراض والوديعة من باب واحد في هذا. (هـ). وقال التسولي على قول التحفة : وهو إذا أوصى به مصدق. الخ... ما نصه . مفهوم أوصى أنه إذا لم يوص بشيء فإنه يؤخذ من تركته ما ثبت عليه منه بإقرار أو بينة وإن لم يوجد، وحاص غرماءه، لكن محله إذا لم يتقادم عهده كعشرة أعوام، كما قال خليل في الوديعة:«وبموته ولم يوص ولم توجد إلا لِعشر سنين.» (هـ). ونصوص العلماء بهذا المعنى كثيرة، وفيما ذكر كفاية، وهي كلها دالة على أن الرسم المشار إليه غير معتبر، والله اعلم.

فإن قلت كما أن المسألة مقيدة بعدم الطول، كذلك هي مقيدة البينة، وإلا فلا يبطل القراض ولو مع الطول. قال الزرقاني : فالعشر طول إن كانت الوديعة ثابتة بإقرار المودع، وإما ببينة حين الإيداع مقصودة للتوثق أو ببينة عليه بها بعد إنكاره، فلا يسقط الضمان ولو بأزيد من العشر أو استمر حيا.الخ...

قلت : ما ذكر هو في البينة المقصودة للتوثق، أو بينة قامت عليه بعد الإنكار كما ترى، وليست نازلتنا من ذلك. تأمله، قاله وقيده المهدي لطف بـه..(هـ).

وعورضت هذه الفتوى بأن الأخ الهالك، وهو عامل القراض كان ملدا لا ينتصف منه، وكان مشرفاً على أخيه القائم عليه الآن، والوصي عليه هي أمهما، وماتت وبقيت الرسوم تحت يده إلى أن مات، فعند ذلك اطلع على رسم القراض وغيبة الرسم عذر...الخ.

فأجبت عن ذلك بما نصه : الحمد لله، حيث كان رسم القراض المقوم به على الهالك جاوز الثلاثين سنة، فلا تسمع دعوى صاحبه على الورثة، وقد قدمنا نصوصا كثيرة مصرحة بذلك ويزيد ذلك تأييد وجود رسم القراض بيده أي الهالك، وكل من الطول ووجود الرسم بيده مبطل لدعوى صاحب الدَّيْن. قال أبو علي في شرح المختصر : وقولهم الحق، إذا كان مكتوبا بذكر لا يسقط ولو طال الزمان، إنما ذلك إذا بقيت الوثيقة بيد صاحب الحق كما لا يخفى. (هـ). ونقله عنه

الشيخ الرهوني واستظهره، وأما الشهادة أعلاه بأنه كان ملدا غير منصف الخ... فلا تفيد شيئا، إذ الملد وغيره تجري عليه الأحكام الشرعية، وكثير من الناس ملد، ولأجل الإلداد نصبت الحكام، وإنما تفيد لو كانت له سطوة وشوكة يتمتع بهما من جري الأحكام عليه، والحاصل أن الشهادة المذكورة غير معتبرة، إذ الملد وغيره سواء في الحكم الشرعي، فالذي يحكم به على الملد هو الذي يحكم به على غيره، لا فرق بينهما، على أن هذه الشهادة معارضة بأخرى بيد الورثة، أن الهالك المذكور كان من أهل المروءة والدين منقادا لجميع من ولاه الله أمرا من أمور المسلمين..الخ. وهذه الشهادة هي الظاهرة، إذ لو كان مراده أي الهالك الغش والخديعة لقطع ذلك الرسم في حياته، ولم يبق له أثر بعد وفاته. وأما ما سطر تحت تلك الشهادة فكلام يمجه الطبع، ويصطحب على إنكاره العقل والسمع، وبيان ذلك أن استدلاله على ما قال بكلام المختصر والمدونة غير سديد لما علمت أن كلا منهما مقيد بعدم الطول، وموضوع النازلة هو الطول جدا، ولذا قال الشيخ التاودي في شرح الزقاق : لا يجوز الافتاء بنصوص المختصرات، إلا لمن علم ما للأئمة من تقييد أو اطلاق. (هـ). وقوله : إن التقييد بالطول محله حيث لا عذر مقبول، إلى قوله كما نص عليه غير واحد من الأئمة الفحول الخ.. غير صحيح، ولا قائل به من الأئمة في مسألة القراض، فإن كان مراده بمسألة الدين التي نقلها عن الشيخ الرهوني. قياس مسألة القراض عليها فغير صحيح أيضا، لأن القراض أمانة فقط، وليس هو في ذمة العامل، وهو مصدق في تلفه، وخسره، ورده وغير ذلك، فإذا مات بعد طول ولم يوص به، ولم يوجد في تركته فيحمل على الخسارة فيه، والدين في الذمة، ولا يصدق المدين في رده وإن طال، ولو تلف أو خسر فيه لكان ضمانه منه، فبين المسألتين مسافة وبوْن كما بين الضب والنون، وأيضاً فقد نص الحطاب، ونقله الرهوني في عدة مواضع من حاشيته أن العمدة في كل مسألة على المنصوص فيها.. الخ. فما كان من حق الرجال أن ينقل قيد مسألة الدين ويضعه في مسألة القراض، إذ لا جامع بينهما لا سيما والرجل ليس من اهل القياس فحسبه الاقتصار على نصوصهم الراجحة أو المعمول بها.

ليس بغيبتك فادرجـــي ولا بمنـــزلك فاخرجـــي

والله اعلم، قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئـل أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عن تجار من اهل تطوان، حلوا مصر بقصد التجارة،وعندهم قراضات شغلوها في سلع بقصد الأوبة لوطنهم، فنشبت المنية أظفارها فيهم، ولهم ورثة أمناء أرادوا أن يتوجهوا للحج، ولإتمام عمل موروثهم بعده، فعارضهم أرباب الأموال وطلبوا الاستنضاض ثمه، أو الإتمام فوراً على مثل ما كان قصده عمالهم.

فأجاب : إنها معارضة صحيحة يجب اتباعها، فليس لهم أن يحجروا مال غيرهم إلى تمام حجهم، ولا يذهبوا به معهم لما في ذلك من الضرر والآفات التي تخشى، وإنما قال في المدونة : من أخذ قراضا يعمل به ثم مات العامل، فإن كان ورثته مأمونين، قيل لهم : تقاضوا الدَّيْن وبيعوا السلع، وأنتم على سهم وليكم، فإن لم يؤمنوا وأتوا بأمين ثقة كان ذلك لهم، وإن لم ياتوا بأمين ولم يكونوا مأمونين، سلموا ذلك لربه، ولا ربح لهم (هـ). وقال في القوانين : لا ينفسخ القراض بموت أحد المتقارضين، ولورثة العامل القيام به إن كانوا أمناء أو ياتوا بأمين. (هـ). وقال العبدوسي، وأصله للخمي كما لأبي علي : العامل، ورب المال لهما أحوال : إن كان المال عيناً بيد العامل ولم يسافر، فلكل واحد الفسخ، وعكسه إذا شغله كله في سلع، وإذا شغل بعضه فقط،فليس لرب المال أن يسترجع ما بقي من المال، وللعامل ذلك إن ظعن، وإن لقيه في أثناء سفره، فكذلك.الخ... وكل ذلك يفيد أنهم متممون لا منشئون، وإن اللُّقِيَ أثناء السفر كالحضر، وما في المدونة عليه المعول. وقد اختصره في المختصر، فقال : «وإن استنضه، فالحاكم»، وهو في المدونة ايضا،والله الموفق. (هـ).

وسئـل أيضا عن عامل قراض اشترى به جلوداً، فخيف عليها فسافر بها ربها لبلد، فقام عليه عامله.

فأجاب غيره ، قول العامل : إن رب المال دفع المال لشراء الجلد ليبيعه بالمحل الذي يظهر له فيه الربح، بطنجة أو غيرها، يحتاج إلى إثبات. ففي ابن عرفة

ما نصه : والقراض المطلق في اقتضائه السفر به في غير خوف ومنعه. ثالثها إن كان شأن العامل السفر ولم يشترط إقامته، وإن كان شأنه الإقامة فلا إلا أن يشترطه، للخمي عن رواية ابن القاسم، وابن حبيب، واختياره وعلى الأول في شرط عدم سفره، رواية ابن القاسم، ومحمد، وأبو حفص له منعه من بعيد السفر جدا إلى أن قال : وفيها للعامل أن يتجر بالمال في الحضر والسفر، إلا أن يقول له رب المال حين دفعه له بالفسطاط لا تخرج فلا يخرج. (هـ). وإذا تأملت هذه النقول علمت علم يقين أن العامل يلزمه إثبات ما ادعاه من شرط السفر به، إذ الأصل عدمه، والقاعدة أن من أخرج ماله من يده، فالقول قوله على أي وجه خرج حتى يثبت خلافه، سيما إذا ادعى السفر به في محل خوف، كما كان الواقع في هذه النازلة، كما يكون القول قول رب المال أنه لم يحمله بحسب النيابة عن العامل المذكور، بل حمله لنفسه، ولو على وجه التعدي على العامل. ففي شرح أبي علي لدى قول المختصر : «ولا يبيع ربه سلعة إلا بإذنه» ما نصه . قال في التهذيب : قال مالك : لا يبع رب المال عبداً من القراض بغير إذن العامل وللعامل رده وإجازته. (هـ). والنظر في جزء الربح الذي كان يرجو في محل التعدي لا ببلد الروم لعدم مطمعه بالسفر به من غير إثباته شرط السفر على رب المال كما ذكر، والعامل المذكور هو المطالب بإثبات جزء الربح الذي كان يرجو ببلد التعدي، وهي طنجة. إذ الأصل عدم الربح بالكلية حتى يثبت خلافه، على أنه لو فرض ثبوت النيابة عن العامل المذكور في السفر به، إنما يستحق حظه من الربح في ثمن الجلد خاصة، إذا أقر رب المال أو من ناب عنه أنه ربح فيه، وإلا فالقول قوله إنه لم يربح فيه، وأما ثمن الجلد فلا يستحق ربحاً فيما اشترى به بعد ذلك حسبما في الزرقاني لدى قول المتن : «ككل آخذ مالا للتنمية، فتعدى»، وأيضا. فإن القول لمن ادعى أن القراض كان لنضة واحدة وهو بين، والسلام. (هـ).

وأجاب هو : الحمد لله، في سفر العامل في القراض المطلق خلاف. قال المتيطي : المشهور أن له أن يسافر بالمال دون إذن ربه إلا أن يشترط عليه أن لا يسافر إلا بإذه، وبه العمل. (هـ). ونحوه للفشتالي، ونظمه صاحب العمل المطلق. وقال في المتن عاطفا على ما يجوز : «وسفره إن لم يحجر عليه قبل شغله». قال في

التوضيح : وهذا هو المشهور، ومذهبها... الخ. على أنا في غنى عن ذلك بما وقع من رب المال من التعدي بنقله وخروجه عن يده دون إذن عامله، فما كان مِثلياً كان عليه مثله على ماهم في الغصب والعداء، وإن كان غير مثلي، فقال ابن عرفة عن اللخمي ما نصه : وكذا العامل إن أراد تعجيل بيعها وأبى أربابها، فإن عجله أحدهما قبل أسواقها، رد بيعه، فإن فات بها مشتريها ردت بما بيعت به إن كانت قيمتها يوم بيعها، والقياس أن يكون للمتعدى عليه مقال على البائع، فيغرمه الجزء الذي كان يرجو أن يربحه فيها، يريد في موضع العداء كما هو واضح أخذه من مواضِعِهِ، وقد سلف بينهما ما أفاد الإعراض عن العمل لخمود أسواق الجلد، والطول يفسده، وسفره على العامل متعسر أو متعذر، وكل ذلك ينظر له الرشع، ورب المال ما قصد بما فعل الا المفاصلة لا النيابة عنه، فتكون جناية منه تجري على ما أسلفنا، والله الموفق. (هـ).

وقيدت من خط الفقيه سيدي المامون أفلال، الحسني، قاضي تطوان ما نصه : الحمد لله، عامل القراض مصدق في دعوى التلف والخسر كما في نص المختصر. ما لم يقع منه عداء بنص أو عادة أو تفريط، فإن اشترط رب المال على العامل أن لا يتجاوز مكانا وخالفه، فعليه الضمان كما في نَصٍّ من ذكر، وإن كان العرف عند التجار أن لا يشغل المال ثانيا بعد نضوضه إلا بإذن ربه، سواء نضه ببلد القراض أو بغيره، وثبت ذلك بموجب الثبوت وأعذر فيه للعامل، ولم يجد مدفعا فإنه ضامن إذا وقع في تحريك المال ثانيا ما يوجبه، كما للزرقاني عند قول المختصر : «وإلا فلنضوضه» وسلمه محشيه بناني، ونحو ذلك لسيدي عبد القادر الفاسي في أجوبته، والمعيار من جواب لابن مشكان.

وفي جواب لبعض من قرب عصره، أن القول قول من ادعى أن القراض كان لنضة واحدة. (هـ).

وسئـل أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عمن أخذ قراضا على أن يسافر به برا وبحراً، فسافر به إلى الهند ونحوه، فشهدت بينة عادلة أن العرف جار أنه لا يسافر بالقراض لمثل هذا، وأنه ضامن لما ضاع، ولما لم يضع.

فأجاب : الرجوع إلى العرف أحد القواعد الخمس التي ينبني عليها الفقه، كما للمنجور على المنهج عن القاضي الحسين من الشافعية، وفيه قبله عن مالك أن العادة عنده كالشرط تقيد المطلق، وتخصص العام، وخالفه غيره. وفي المعيار عن القابسي فيمن أخذ قراضا يمضي به الى بدل السودان، فسافر إليها ثم مضى الى غيرها، وتأهل هناك وولد له، وأقام إحدى عشرة سنة من يوم خروجه من البلد الذي أخذ فيه المال، وعلى هذا العامل ديون، باع القاضي فيها ماله وقسمه بين غرمائه، فقام من له القيام بهذا القراض، هل يضرب له مع الغرماء، ويكون كما قال سحنون فيمن أخذ مالا قراضا ليعمل به في أرض تونس، فسافر به إلى مصر أنه يضرب بهذا القراض مع الغرماء، أو هذا غير هذا.

فأجاب : إن هذا العامل قد تعدى فيما وصفته به من المدة البعيدة التي قد سافر الناس فيها وجاءوا، فكيف إن كان هذا العامل زاد السفر إلى ناحية أخرى، على أني أقول إعطاء القراض إلى بلد السودان غير جائز، وما فساده بالذي يدخله في الضمان، لأنه بإذن رب المال عمل، ولكن بالتعدي الموصوف أولا، جاز لرب المال القيام عليه، ويضمنه ما ثبت له من رأس ماله، ويحاصص به غرماءه...الخ.

وسئل عمن دفع مالاً قراضا فادعى عامله خسارة.

فأجاب بما قاله اللخمي : إنه إن أتى بما يشبه فالقول قوله. قال : ويعرف ذلك بسؤال التجار في بلد السلع هل يخسر في مثل هذا المال في مثل هذه المدة. (هـ). قال أبو الحسن : ما قاله اللخمي، صواب، وما أظن المخالفة تتأتى فيه. وقال أبو علي وغيره : القيد لا بد منه، ونحو ما للّخمي للباجي، وابن سهل، زاد اللخمي : وأرى أن يحلف إن كان غير مأمون، فإن كان ثقة لم يحلف إلا أن يكون هناك دليل التهمة، وإن كان دليل على كذبه لم يصدق وأغرم، وإن كان عدلاً. (هـ). ونقله ابن عرفة ولم يعترض منه شيئا. ابن الحاجب : واستحلافه على أيمانِ التهم. أبو علي في شرحه والصواب توجهها لما غلب على الناس من الخيانة، والله الموفق سبحانه. (هـ).

وسئل سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي عن نازلة وقع فيها اختلاف بين فقهاء الوقت، وأريد منكم ما يقع به الفصل، وهي كتب المودع عنده بخط يده اعترافه بالإيداع، ودفع خطه بذلك للمودع،هل يتنزل منزلة الإقرار، فيصدق معه في دعوى الرد، أو منزلة بينة التوثق، فلا يصدق إلا ببينة، والحال أن المودع يقول : إنما أردت بكتبي الإقرار وما دفعته للمودع إلا ليكون له حجة بعد الموت، وهل بين تصديره ما كتبه بلفظ أشهد على نفسه كاتبه، وبين تصديره بنحو يقول كاتبه فرق أم لا ؟

فأجاب بما نصه : الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، الجواب والله الموفق سبحانه. أن إقرار الرجل على نفسه شهادة عليها، وشهادةُ عليها إقرار على نفسه، على ما قاله ابن رشد، ونقله الإمام الحطاب في شرح المختصر ونصه : قال في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات.

وسئــل مالك عن رجل كتب عليه رجل ذكر حق، وأشهد فيه رجلين، فكتب الذي عليه الحق شهادته على نفسه بيده في ذكر الحق، فهلك الشاهدانِ ثم جحد، فأتى رجلان فقالا : نشهد أنه كتابه بيده، قال مالك : إذا شهد عليه شاهدَانِ أنه كتابه بيده، رأيت أن يؤخذ منه الحق ولا ينفعه إنكاره، وذلك بمنزلة لو أقرَّ وجحد، وشهد عليه شاهدان بإقراره، فأرى أن يغرم. قال ابن رشد : هذا بينٌ على ما قاله، لأن شهادة الرجل على نفسه إقرارٌ عليها، وإقرارُه على نفسه شهادة عليها، ونقله ابن عرفة.

وقال ابن عرفة ما نصه : وسمع ابن القاسم : الشهادة على خط رجل بحق عليه، كالشهادة بإقراره به. ابن رشد : سواء كتب شهادته على نفسه في ذكر الحق، أو كتب ذكر الحق على نفسه بيده. فقال لفلان على فلان كذا وكذا، ولم يكتب شهادته، والشهادة على خط المقر كالشهادة على إقراره.

قلت : قوله عن ابن رشد : سواء كتب شهادته على نفسه، إلى قوله ولم يكتب شهادته، خلاف ما حكى ابن عات في طرره. قال في المجالس : إن كتب الوثيقة بخطه وشهادته فيها نفذت لأنه قليل ما يضرب على جميع ذلك، وإن لم

يذكر شهادته فيها لم تقبل، لأنه ربما كتب ثم لا يتم الأمر، وإن قال لفلان : عندي، أو قِبَلِي بخط يده قضى عليه، وإن كتب لفلان على فلان إلى آخر الوثيقة، وشهادته فيها لم تجز إلا ببينة سواه، لأنه أخرجها مخرج الوثائق، وجرت مجرى الحقوق، ولم تجز الشهادة فيها على خطه. (هـ). فتحصل من هذا أن لا فرق بين قوله : أشهد كاتبه على نفسه، وبين قوله : يقول كاتبه لفلان، قِبَلِي كذا وكذا، وأن كُلًّا منهُما إقرار وشهادة على النفس، ومثلهما لفلان قبل فلان عند ابن رشد، وحكى ابن عات خلافه. اذا تقرر ذلك فالعبرة في عدم تصديق المودع في دعواه، الرد هي الشهادة المقصودة للتوثق، كما في المختصر وغيره، ومعنى التوثق أن يشهد عليه، لكونه لم يأتمنه على الرد، وهذا ظاهر فيما إذا كان المودع بكسر الدال هو الطالب للإشهاد، بخلاف ما إذا انفرد المودع (بالفتح) بالإشهاد متبرعا، فإنه لا يكون للتوثق في مجرى العادة، وقد صرحوا بأن البينة التي لا يقصد بها التوثق، غير مانعة من التصديق في دعوى الرد، وظاهر نصوصهم، أن إشهاد المودع على نفسه من غير أن يطلب منه ذلك، سواء كتب ذلك بخطه فقط، أو أشهد عليه غيره، إنما هو مخافة أن يموت فتضيع لربها، أو مخافة دعوى السلف ونحوه، لا للتوثق، فهو مصدق في دعوى الرد، وخالف في ذلك ابن زرب وجعله كالإشهاد الذي يقصده رب الوديعة. وهذه جملة من نصوصهم يتضح بها ما ذكرنا.

قال التتائي على قول صاحب الرسالة : إلا أن يكون قيضها بأشهاد فلا يصدق، ومثله في المدونة، لكن قيدها غير واحد، كعبد الحق واللخمي، بما إذا كانت مقصودة للتوثق، لأنه لم يأتمنه حينئذ على الرد بل على حفظها فقط، ومفهوم قوله بإشهاد أنه لو كان بغيره لكان القول قولهُ في ردها، ومشى صاحب المختصر على أنه لا بد من كون الإشهاد للتوثق، فلو كان اتفاقيا لا لقصد التوثق، لكان كالعدم، وكذا لو كان خوف الموت لياخذها من تركته، أو قال المودع (بالفتح) أخاف أن يدعي أنها سلف، فاشهدوا لي أنها وديعة، ونحوه مما يعلم أنه لم يقصد به التوثق، فالقول له في ردها. (هـ). ومثله عند غير واحد فلا نطيل بذلك. وقد نقل الحطاب عن أبي الحسن الصغير كلاما قريبا من هذا، وزاد في آخره : ولو تبرع المودع بالإشهاد على نفسه. فقال أبو بكر بن زرب : لا يبرأ إلا بالإشهاد، لأنه

ألزم نفسه حكم الإشهاد. وقال عبد الملك : هو مصدق.(هـ). ومثله لابن سلمون، فإنه قال : وكذلك الإشهاد الذي ينفرد به المودع، ذكر بعض الموثقين أنه ليس كالإشهاد الذي يقصده رب الوديعة، ولا يعتبر في دعوى الرد، وهو كالإشهاد، وظاهر ما قاله ابن زرب، أنه كالإشهاد الذي يقصده رب الوديعة، وأنه لا يصدق معه المودع في الرد (هـ).

وفي المعيار، سئل ابن زرب عن الرجل يستودع الوديعة دون أن يشهد عليه صاحبها، ثم إن الذي عنده الوديعة أشهد بها على نفسه دون حضرة صاحبها خوفا من أن تفجأ منيته فيحرسها لربها، ثم زعم بعد ذلك أنه صرفها لربها وصاحبها منكر، ولهم عليه البنية التي كان أشهد.

فأجاب : لا يصدق فيما زعم من صرفها، وهو لها غارم، لأنه إذا أشهد على نفسه فقد ألزم نفسه خط الإشهاد وحكمه، ومن أخذ ببينة لم يرد إلا ببينة، وإلا غرم. قال له ابن الزيتوني : إنما أراد الاحتياط لصاحبها، وكان هذا مما يجب ان يزيد في أمانته، إذ لم يكلف البينة فتكلفها. فقال القاضي : إذا أشهد فقد لزمه حكم الإشهاد، زاد الزيتوني : فوقف على هذا القول ولم يرجع عنه. (هـ) وظاهر هذا أن ابن زرب لا يفرق بين الإشهاد للتوثق وغيره، وفي مختصر الشيخ ابن عرفة ما نصه : وفيها قلت : لم قال مالك إذا قبض وديعة أو قراضا ببينة لا يبرأ بقوله رددت ويصدق إذا قال ضاع منه. قال لأنه حين دفع المال إليه استوثق منه الدافع فلا يبرأ حتى يتوثق هو أيضا.

قلت : فلهذا قيد اللخمي وعبد الحق الصقلي البينة بأنها قصد بها التوثق، ثم قال وفي طرر ابن عات ما نصه : ظاهره يعني لفظ ابن فتوح أن الإشهاد الذي يسقط به دعوى المودع أنه رد الوديعة هو الذي يقصده رب الوديعة لا ما ينفرد به المودع، لأن مفهوم قصد رب الوديعة بالإشهاد على المودع أنه لم يأمنه إلا على حفظ الوديعة، وهو خلاف ما عند ابن زرب.

قلت : فقوله خلاف ما عند ابن زرب يقتضي أنه يقول مطلق البينة

كيفما كانت تمنع قبول قول المودع الرد ولا أعرفه لغيره. (هـ) والله أعلم، وكتب مَحَمد بن عبد القادر غفر الله له. (هـ).

قلت : ومثله يجري في القراض حرفا بحرف،والله أعلم.

ووقع الجواب عن نازلة رجل قسم أملاكه على أولاده بأن عين لكل موضعا يخصه، وصار كل من عين له شيئا يتعاهده بأنواع الغرس والبناء ونحوهما مدة، ثم توفي الأب، وبقيت القسمة بيد أولاده على ما وصف، ثم مات بعضهم فقسمت تركته بين ورثته على ما يجب، وبقي الأمر على ذلك نحوا من خمسة عشر عاما ثم قام بعضهم يحاول نقض القسمة الثانية مدعيا الجهل بالمقسوم لكون القسمة الأولى الصادرة من الأب غير جائزة بزعمه، وهذا فرع منها، فهل له مقال في ذلك، والحالة أنه حاضر فيها راض بها بما نصه :

الحمد لله، القسمة الصادرة ممن ذكر على الوجه الموصوف نافذة ماضية فلا سبيل إلى نقضها لمن يحاول ذلك، حسبما دلت عليه نصوص الأئمة، ففي الجواهر المختارة ما نصه : **وسئل** القاضي أبو سالم الكلالي عن رجل قسم جميع املاكه على أولاده كلهم ذكور، وليس له إلا بنت واحدة متزوجة. قال : إن حقها مع كل واحد من إخوانها وشهد عليه الشهود بذلك إلا أنه لم يقل ذلك إلا بعد القسمة المذكورة، ثم مات بعد ذلك وقامت البنت تطلب حقها حسبما أشهد به أبوها بعد القسمة، كما ذكر أو لاشيء لها لان كل واحد من اخوتها أخذ حقه من يد أبيه في حياته وثبت حوزه له، فيبطل ذلك حقها.

فأجاب: إن كان الأمر كما ذكر، فللبنت نصيبها مع إخوتها كما ذكر والسلام. (هـ). ومفاد كلامه ومضمن جوابه هذا مضى القسمة في نازلتنا هذه لان اقتصاره على مجرد حق البنت أدل دليل على ذلك، ومثله لابن عرضون مجيبا عن نحو النازلة ونصه : ما عقده الأب على صغار بنيه من المقاسمة صحيح. (هـ). ونحوه للسجستاني في أجوبته، ونقله عنه العباسي وسلمه. هذا ما تعلق بقسمة الأب. وأما القسمة الثانية، فماضية أيضا لصحة الأولى ونفوذها، إذ هي فرع هذه المدة المديدة. ففي جواهر الزياتي أيضا :

وسئــل الإمام أبو زكرياء يحيى السراج عن رجل توفي وترك أولاده فاقتسموا أملاك أبيهم قسمة مراضاة ومهاياة، واعتمد كل واحد قسمته وحازها واستغلها نحو خمس سنين ثم قام أحدهم وادعى أنه لا يعرف أملاك والده وأن القسمة تفسخ وتعاد، فهل القول قوله بعد اعتمار حظه كإخوته المدة المذكورة ؟

فأجاب : لا يقبل قوله ولا تفسخ القسمة. (هـ) ومثله لابن هلال، ونصه : لا كلام لمدعي الغلط في المقسوم بعد الزمان الذي ذكر، ثم إذ لا يقام بالغبن إلا بقرب القسم. قاله أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم. (هـ). وانظر أجوبة العباسي ففيها أجوبة تؤيد ما تقدم وعليه فالقسمة أعلاه صحيحة، فلا يتعرض لها بحال ولا لعقلة الملك المقسوم لعدم موجبها،والله أعلم. وكتب محمد العربي بن الهاشمي الزرهوني تغمده الله برحمته. (هـ).

قلت : وهذه النازلة من القسمة، ولكن سهونا عن ذكرها فيها فألحقناها هنا.

وسئلت عن جماعة من التجار بفاس دفعوا أمانات لحمار يوصلها لأناس بطنجة، فادعى أنها انتهبت منه بالطريق وأنه خرج عليه ثلاثة من الخيل وأخذوها منه قهرا على وجه الحرابة، وأقام بينة لفيف بذلك، ورفع أربابها المتهمين لمن له الأحكام المخزنية ولم يحصلوا معهم على طائل، ثم أرادوا الرجوع للحمار، فهل عليه غرم أم لا؟

فأجبت : الحمد لله، حيث كان أرباب الأمانات دفعوها للحمار المذكور ليوصلها لطنجة وادعى أنها انتهبت منه بالطريق أخذها منه اللصوص على وجه الحرابة، فلا غرم عليه قطعا، لأنه من الأمناء الذين لا ضمان عليهم، كما قال في التحفة :

والأمناء في الذي يلون ليسوا لشيء منه يضمنون
كالأب والوصي والدلال ومرسل صحبته بالمال

إلى أن قال :

والقول قولهم بلا يمين. (البيتين).

وقد استثنوا الأمين من قاعدة البينة على المدعي. قال القرافي في الذخيرة : والأمين يدعى الرد أو التلف يقبل قوله. وهو مدع.(هـ). وقال الحطاب في شرح المختصر :

فائدة : قال في المسائل الملقوطة : الأمناء المصدقون على ما في أيديهم ثمانية عشر، الوالد في مال ولده والوصي والحاكم. إلى أن قال : والرسول فيما أرسل به، والمبضع معه المال للشراء أو التبليغ كلهم مصدقون. وما داعى به عليهم فيما يوجب الضمان، فالقول قولهم بلا يمين.(هـ). ويتأكد عدم الغرم في هذه النازلة، بل وعدم وجوب اليمين فيها أيضا من وجوه. أولها : أن أرباب الأمانات المذكورين رفعوا أولا الدعوى باللصوص لمن له الأحكام المخزنية، فلما لم يحصلوا على طائل منهم هنالك رجعوا بعد ذلك بالدعوى على الحمار، ولا شك أن دعواهم على اللصوص بأخذهم الأمانات من الحمار هو تصديق منهم له فيما ادعاه قطعا. وحيث صدقوه فيما قاله وادعوا على غيره بالانتهاب، فكيف يطلبون منه الغرم، أليس هذا من الظلم ؟ وقد قال العلماء : إن الدعوى على شخص إبراء لغيره. ثانيها : وجود بينة اللفيف الشاهدة له بما ادعاه من الانتهاب بالمحل الذي قاله ومحل الخلاف في ضمان الأمين إن لم تقم له بينة بما قال...الخ.

ثالثها : ثبوت أمانته عند الناس كلهم، وأنه لم تثبت عليه وصمة في حرفته اصلا، فالحاصل أن الرجل المذكور لا غرم عليه ولا يمين، وما سطر من الفتاوي بتضمينه، والاستدلال عليه بكلام أبي علي ابن رحال، فكله كلام لا محصول له. أما أوّلاً : فإن أبا علي المذكور لم يجزم بتصمينه، فالاعتماد في الضمان عليه وهو لم يجزم به باطل بالضرورة ونصه في حاشية التحفة. وأما الحمارون الذين يحملون السلع من بلد إلى بلد كبلد فاس وتطاون، فالقياس تضمينهم لأنهم يحملون ما يغاب عليه، والناس محتاجون إليهم، وقد نصبوا أنفسهم لذلك، كالصناع، غير أنهم لم يؤذن لهم أن يفعلوا في السلع شيئا، فربما يبعدون من الضمان لا سيما والصناع مختلف فيهم وإن كان تضمينهم هو المذهب (هـ). فأنت تراه بعد أن قاسهم على

الصناع استبعد ضمانهم وبحث في قياسهم على الصناع بأنهم لم يؤذن لهم أن يفعلوا في السلع شيئا أي بخلاف الصناع فإنه مأذون لهم في مباشرة ما بأيديهم فتغايرا. وأما ثانيا : فعلى تسليم أنه جزم بهذا القياس فلا يصح الاعتماد عليه في هذه النازلة لما ذكره الشيخ ميارة وغيره من أن القول المخرج لا يعمل به في قضاء ولا فتوى، وإنما يذكر تفقها أو تفننا (هـ). وأما ثالثا فعلى تقدير أن القول المقيس يعمل به، فلا يصح العمل بهذا لمخالفته للمنصوص، وهو قول التحفة المتقدم :

ومرسل صحبته بالمال ...الخ.

وغيره، وقد اعترض كلام أبي علي المذكور بأنه خلاف المشهور والمعمول به، وذلك أنه وقعت نازلة أيام الشيخ الرهوني فأفتى فيها بعضهم به فرده عليه قاضي تطوان بما نصه : وما ذكره عن أبي علي هو في غير النازلة كما يدرك ذلك بأدنى تأمل ولئن سلم فقياسه لا يرد نصوص أهل المذهب. وكتب محمد المامون أمنه الله. (هـ) وكتب بعده العلامة أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك ما نصه : الجواب أعلاه صحيح والحق مطية المومن. وما نقله المجيب عن أبي علي في تضمين الصناع والحاشية هو كذلك فيهما ذاكرا له على طريق الإجراء والنظر، لا على أنه المذهب، ولا على أن به العمل. بل هما على خلافه، كيف لا، وهو متوقف في الراعي المشترك في حاشيته وكلامه في الحاشية صريح فيما قلنا...الخ. فأنت تراه. قال : هما — أي العمل والمذهب — على خلافه، وعليه فالإفتاء به لا يصح لما ذكروه من أن الفتوى كالحكم، بالشاذ لا تجوز، وأما البحث في تلك الشهادة بالإجمال وبأن الاستفسار ليس هو فيها بلفظ الشهود، وبأن الحمار استظهر بها بعد إلغاء بينة أخرى تقدمت...الخ. فغير سديد لما علمت أن الحمار أمين مصدق لا يحتاج إلى بينة أصلا. فعلى تقدير عدم البينة فقوله مقبول، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

قلت : وهذه النازلة من الوديعة لكن وقع السهو عنها، فألحقت هنا.

نوازل الإجارة والكراء

والفرق بينهما اصطلاحا أن العقد على منافع الآدمي إجارة على غيره كراء، وفي نوازل المحقق سيدي العربي الزرهوني أنه **سئـل** أهل عصره عن امرأة مرضت ربيبها في حياة أبيه زوجها وملائه مدة من خمسة أعوام، ولما مات أبوه قامت تطلب أجرة تمريضها له من تركة أبيه محتجة بأنها قامت عن الأب بواجب عليه وهو تمريض ابنه، هل لها رجوع بذلك بعد يمينها أم لا ؟ وهل لها رجوع بأجرة تمريضها زوجها كذلك بشرطه أم لا ؟

الجواب والله الموفق بمنه، أن للزوجة الرجوع على الزوج المذكور في حياته وعلى وارثه من بعد موته بأجرة حضانتها وتمريضها الربيب المذكور على ما يفرضه الفارض وذلك بعد يمينها أنها ما كانت تعمل ذلك احتسابا، وأما تمريضها زوجها فلا أجرة لها على ذلك إلا إذا كانت أشهدت بذلك عليه وإلا فالعرف قاض بخلافه والله أعلم. وكتب محمد بن ابراهيم (هـ).

الحمد لله، ما رسم أعلاه من رجوع الزوجة على زوجها أو ورثته بأجرة ما قامت به من شأن ربيبها مما هو لازم لأبيه، وعدم رجوعها عليه فيما قامت به من تمريض الزوج لقضاء العرف به كل ذلك صحيح. ففي أصول الفتيا لابن حارث : كل من وصل إليه نفع من مال أو عمل من غيره بأمره أو بغير أمره فعليه رد مثل ذلك العمل، وكل ما تشاح فيه الأجير والمستأجر حملوا فيه على سنة الناس وما تعارفوا في ذلك والله أعلم. وكتب بوبكر المنجرة وفقه الله بمنه. (هـ).

الحمد لله، تجاب المرأة أعلاه لما طلبته من أجرة حضانتها ربيبها المذكور وتمريضه دون أجرة تمريض زوجها لما تقرر حسبما في المعيار وغيره، أن كل من أوصل نفعا لغيره فله أجر مثله بعد يمينها أن ذلك كان بنية الرجوع كما بالجواب المصحح أعلاه والله أعلم، وكتب عبد ربه تعالى محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته. (هـ).

وسئل أيضا ابن ابراهيم المذكور عن نظيرتها وذلك أن شهيدين عاينا امرأة ملازمة للفراش أصابها نفخ في جسدها وأمها هي التي ترقدها وتباشرها، واعترفت الأم المذكورة أن جميع ما يلزمها في أجرة ذلك وأكلها وكسوتها تحسبه طال الزمان أو قصر.

فأجاب : الحمد لله، للأم حوله وأولادها الرجوع على بنتها محجوبة بما أنفقوه عليها وكسوها به في المدة حوله وأجرة تمريضهم إياها على ما يقدره ويفرضه قاضي بلدهم بعد اليمين بل لايمين عليها لإشهادها بأنها ترجع كامله ان ذلك بنية الرجوع، فإن ماتت كان رجوعهم بذلك في تركتها كسائر الديون والله أعلم. وكتب محمد بن ابراهيم. (هـ).

وسئل الفقيه الصالح أبو القاسم بن حجوا عن صاحب الرحى هل يجوز له أن يقدم من شاء للطحن أولا، وهل له أن يقدم زرعه على زرع غيره في الطحن أو لا ؟

فأجاب : قال ابن فتحون في العتبية، قال ابن حبيب : لصاحب الرحى أن يقدم من شاء في الطحن وإن كانت سنة البلد من سبق للطحن طحن، وكذلك الصناع فيما استعملوا ما لم يتعمدوا ظلما ومطلا، ويكون مكيال صاحب الرحى لأخذ المكس أي الأجرة بكيل الناس الجاري بينهم، ويمنع من اتخاذ كيل يخالفه. (هـ) وفيه كفاية ومقنع، وتقديم صاحب الرحى زرع نفسه من باب أولى وأحرى عندي ومن العقد المنظم، ولصاحب الرحى أن يقدم في الطحن من شاء، قاله مطرف وابن الماجشون. وقال سحنون في كتاب ابنه : إن كانت سنة البلد أن يطحنوا بالدولة فلا يقدم صاحب الرحى أحدا على من أتى قبله، وإن تحاكما في ذلك قضى بينهم بسنة بلادهم. (هـ) محل الحاجة منه والله أعلم. (هـ).

قلت : وهذا هو العرف الجاري بين الناس منذ أدركنا، وعليه فليس له أن يقدم من شاء، لأن العرف يحكم به وهو سنة متبعة، لقوله تعالى : « وامر بالعرف » أي احكم به.

وسئل العلامة المحقق سيدي عبد الرحمن الحائك عمن سقى لغيره زرعه ثم قام يطلبه بأجرته.

فأجاب بما للخمي عن ابن حبيب عن أصبغ : أن من تعدى على رجل فسقاه شجره أو حرث أرضه أو سقى زرعه ثم سأله الأجرة في ذلك، إن كان صاحب هذه الأشياء ممن يستأجر عليها فعليه الأجرة، وإن كان يلي ذلك بنفسه أو له من يليه فلا شيء عليه. (هـ).

وسئل أيضا عن النظر في فتوى غيره وصححت له. الذي جرت به العادة في البوادي والقرى أن العازب لا نوبة عليه في عولة الفقيه الملازم عند الجماعة، والركون إلى العوائد والأعراف أسلوب معتاد عند جميع الأئمة.

فأجاب : إنه اضطربت فتاوي الشيوخ في توظيف أجرة الإمام، قال أبو محمد سيدي عبد الواحد الونشريسي: الذي أفتى به غير واحد انها لا تجب إلا على من التزمها شرطا أو عرفا، قاله الفاسي في أجوبته. (هـ).

وسئل غيره أيضا عن أجرة الإمام فأفتى إن شرط الإمام يلزم من التزمه من أهل القرية ومن لم يلتزمه، ويجر على ما جرى به العرف عندهم، ولا يلزم الأيتام شيء، ويلزم جميع الرجال حسبما أفتى به القباب، فإن أراد الجماعة إخراجه أعطوه شرطه كاملا وصحح.

فأجاب : هو الذي أفتى به غير واحد، إن أجرة الإمام تجب على من التزمها شرطا أو عرفا، على ما قاله أبو محمد سيدي عبد الواحد الونشريسي وأفتى به سيدي عبد القادر الفاسي، وحيث أخرج لا عن طيب نفس كان على الجماعة أجرته ونفقته، على ما قاله ابن سلمون عن بعض الشيوخ، وبه يؤيد ما بأعلاه. (هـ).

وسئل أيضا عن إمام تعاصت عليه الجماعة في الأجرة وفي الصلاة خلفه،

فأجاب : إن الذي أفتى به غير واحد في أجرته أنها لا تجب إلا على من التزمها شرطا أو عرفا، كما في أجوبة الفاسي عن أبي محمد سيدي عبد الواحد الونشريسي، وفيها عن أجوبة القاضي ابن رشد أنها لا تلزم إلا من التزمها، ونقله في المعيار وغيره أيضا. وفي تكميل ابن غازي في امتناعهم من الصلاة خلفه ما نصه : قال المتيطي : وليس لأهل المسجد ولا لبعضهم بعد الاتفاق على الرضى بالإمام أن يخرجوه ولا أن يستأخروا عن الصلاة خلفه إلا أن يثبتوا عليه عند الحاكم ما يوجبه، لكن يكره للإمام إذا كره الأكثر من الجيران الصلاة وراءه أن يؤمهم وهم يكرهونه ولا يقضى عليه. (هـ)، وهذا إذا كرهوه لغير دنيا كما في المدخل وغيره. وفي وثائق الجزيري : ليس لجيران المسجد عزله إلا بجرحة في الدين أو لحن في القراءة. (هـ). وانظر ابن سلمون في وثائقه فقد أطال النفس والله ولي التوفيق. (هـ).

وسئل أيضا عمن شارط على جماعة، وقبل تمام المدة أرادوا الانحلال وأبى الطالب.

فأجاب : إنه ليس لأحدهما الانحلال كما في ابن سلمون عن الاستغناء قائلا : فإن فعل ذلك فقد اختلف في الأجرة، فقال بعض الشيوخ المتأخرين : إذا أخرجه المؤجر قبل تمام المدة كان له عليه أجرته ونفقته وكسوته إن كانت مشترطة إلى تمام المدة. قال غيره : وكذلك إن خرج الأجير قبل تمام المدة لم يكن له شيء مما خرج لأنه ترك ما كان يجب له بتركه تمام المعاملة، وبذلك قال أبو ميمونة فقيه فاس وغيره، وقال غيرهم : لا يكون لهما الانحلال إلا أن يدعي كل واحد منهما ضررا أو سرقة أو غير ذلك، فإن علم بتلك الدعوى كان لكل منهما حل الأجرة ويكون له بقدر ما خدم. (هـ). وعلى هذا عوَّل شيخنا أي التّاودي وغيره، ولذلك ذكرناه بطوله وأعرضنا عن خلافه، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عن النظر في قول غيره: الراعي بالمدن مشترك، وعلى المشهور لا ضمان عليه حسبما أشار له في المختصر بقوله وهو أمين فلا ضمان. وقال مكحول وابن المسيب والحسن البصري: إنه يضمن كالصناع وبه العمل، وإليه يشير

الزقاق في نظمه :

كذا غرم الرعاة قد انجلا.

فأجاب : إنه صحيح، وبتضمينه عمل فاس كما في نظم عمله، وفي نظم العمل المطلق، وعليه أبو علي في تضمين الصناع، والقاضي سيدي يعيش في كواكبه السيارة رادّاً ما لابن سلمون بأنه عمل بلده، وإن في متابعة الشيخ ميارة والمنجور له دركا. (هـ).

وسئل أيضا عمن آجر راعيا فخرج قبل المدة من غير عذر ولا ضرر يلحقه.

فأجاب بأنه اختلف في ذلك على قولين، المشهور أن له بحساب ما رعى، قاله في نوازل مازونة. وقيل: لا يكون له شيء، واختاره غير واحد، وكلام ابن سلمون يفيد أنه المعتمد. قال شيخنا (أي التّاودي) في شرح التحفة : فينبغي أن يعتمد. وفي ابن ناجي : وأما الأجراء والرعاة لأشهر معينة فيروغ الأجير في بعضها ويأتي بعد انقضاء المدة يطلب مناب ما عمل من المدة من الأجير، فقيل: له ذلك بالتقويم، قاله ابن القاسم في سماع عيسى. قال ابن رشد : لا خلاف فيه وهو قصور، بل نقل ابن عاتٍ عن أبي ميمونة فقيه فاس وغيره أنه لا أجر له فيما عمله، ونحوه من القولين في مؤلفة ابن لبابة، وأفتى بعض شيوخنا بالأول، وبه أنا أحكم. وأفتى غيره من التونسيين بالثاني. وسمعت شيخنا سيدي عيسى الغبريني يقول : الفتوى به بالمغرب مصلحة للناس في أموالهم، لاضطرارهم للرعاة وأجراء الحرث. (هـ). وفي جواب لسيدي عيسى السجستاني : إن الفتوى بالأول اليوم لعرف الناس، أنظر الرباطي في شرح نظمه. (هـ).

وأجاب الشيخ الرهوني : مسألة الأجير، الصواب فيها أنه إن سكت عنه من واجره ثم قام هو يطلب أجرته، أن يعطىٰ بحسب ما عمل، وإن طالبه حين خرج من واجره بأن يتم عمله وأبى، فإن القاضي يجبره على إتمام عمله، فإن أبى حكم عليه بأن لا شيء له إن رضي بذلك من واجره وإلا أجبر بالضرب والسجن،

لأن الإجارة من العقود اللازمة اتفاقا، هذا تحقيق المسألة، وبه كان يفتي شيخنا العلامة الجنوي، وهو الحق الذي لا مراء فيه. (هـ).

وسئلت عمن اكترى بيتا بدار الدباغة أصلا وجلسة وزينة وغير ذلك لمدة من عام بعدلين، وأشهدهما أنه لا يدعي بدعوى أصلا، ثم ثبت ببينة اللفيف أنه كان اشترى زينة البيت المذكور، وأن اكتراءه إنما كان قهرا عليه بالمخزن، ولولاه ما أشهد باكتراء الزينة، إذ هي ملك له بالشراء.

فأجبت : الحمد لله، حاصل الشهادة حوله أن الشريف بوكرين كان اشترى زينة البيت قديما، وأنه لما طلب بالإشهاد عليه باكتراء الزينة المذكورة امتنع فسجن لأجل ذلك حتى أنعم بالإشهاد مكرها. وعليه فلا خفاء أن بينة الشراء للزينة التي احتج بها بوكرين المذكور لا توجب له الملكية، سيما وبيد خصمه الديوري شهادة عدلين بملكيتها، لأن الشراء يكون من المالك ومن غيره، وكون المبيع بيد البائع وقت البيع لا يدل على أنه ملكه كما نص عليه غير واحد، والحاصل أن ما بيد بوكرين ناقص لوجوه، أولها : أن الذي بيده بينة الشراء للزينة والذي بيد خصمه الديوري بينة الملك لها، ولا قائل من العلماء بمساواتهما فضلا عن تقديم بينة الشراء. قال في المعيار نقلا عن اللخمي : لو أقام رجل بينة أنها ملكه وأقام هذا بينة أنه اشتراها من السوق كانت لذي الملك، وقد يبيعها من لا يملكها (هـ). ونقله الشيخ ميارة عن المدونة فقال : لو أقام رجل بينةً أن هذه السلعة ملكه، وأقام آخر بينةً أنه اشتراها من السوق كانت لذي الملك. (هـ). ثانيها : أن حجة بوكرين بينة اللفيف وحجة الديوري بينة العدول، ولا قائل بمساواتهما فضلا عن تقديم بينة اللفيف. قال الشيخ ميارة نقلا عن سيدي العربي الفاسي : وإذا تعارض لفيف وبينة عدول، فبينة العدول أرجح لا محالة (هـ). وعليه فبينة بوكرين لو كانت بالملك ما أفادت شيئا فأحرى بالشراء. ثالثها : شهادة اللفيف بأنه (أي بوكرين) سجن حتى أنعم بالإشهاد عليه مكرها مردودة بقول العدول، شهد عليه بذلك بأتمه أي بأتم ما يشترط فيه من الصحة والطوع والجواز. وقد قررنا أن لا عبرة ببينة اللفيف مع وجود بينة العدول، فتبين من هذا

أن ما بيد الديوري من الحجج أرجح مما بيد بوكرين والله أعلم. وقيده المهدي لطف الله به.

وسئلت عن رجل اكترى بغلا لزيارة الشيخ مولانا عبد السلام بن مشيش نفعنا الله به، فلما رجع من سفره ودفعه لصاحبه مات بعد يوم، فأوقف صاحبه عليه بيطارين بعد الموت فشهدا بأن بظهره دبرتين قطعتا الجلد بسبب الحمل عليه أكثر من المعتاد، وأن الريح ضربه في الدبرتين فمات منه، فأقام المكتري بينة باللفيف ممن رافقه في السفر الى أن رجع بأنه لم يحمله أكثر من المعتاد.

فأجبت : الحمد لله، حيث دفع المكري بغله للمكتري يسافر عليه ولم يسافر معه كما هو عادة الحمارة، فقد أمنه عليه والأمناء لا ضمان عليهم كما هو معلوم، من قول المختصر صدر الإجارة وهو أمين فلا ضمان ولو شرط إثباته، وشرحه المواق بقول ابن يونس : القضاء أن الأجراء والأكرياء فيما أسلم إليهم كالأمناء عليه لا يضمنون (هـ). وفي التحفة أيضا :

والأمناء في الذي يلون ليسوا لشيء منه يضمنون

إلى أن قال :

والقول قولهم بلا يمين

وعليه فالمكتري المذكور مصدق في دعوى عدم التعدي ولا يحتاج الى البينة التي أقامها على عدم التعدي وإنما هي تأكيد فقط لأنه أمين. نعم تنفع المكتري في إسقاط اليمين عنه على القول بوجوبها عليه، وأما شهادة البيطارين المشار إليها فلا تفيد، لأن شهادة البياطرة بعد موت الحيوان لا تقبل إلا إن كانوا عدولا كما قيد به شارح العمل قوله :

ويتساهل بأرباب البصر

ونصه : محل قبول غير العدول من أرباب البصر إن كان الحيوان المشهود بعيبه حيا وإلا فلا يقبل في ذلك غير العدول، وأتى بنقول على ما قاله مقتصرا في ذلك عليه، وأيضا قولهما : مات من الريح أو من حمله أكثر من طاقته، فيه مجازفة ظاهرة،

لأنهما لم يرياه إلا بعد موته، وأسباب الموت غير محصورة فيما قالا، فيمكن أن يكون من سبب آخر. وأيضا فشهادتهما بذلك معارضة بشهادة اللفيف الذين كانوا في الرفقة بعدم التعدي، وهي مقدمة على شهادة أرباب البصر، لأنهم يعتمدون على الأمارات والتخمين فقط، بخلاف ما استند إليه اللفيف هنا من الرؤية والمعاينة، فهو قطعي، والله أعلم. وقيده المهدي بن محمد الوزاني الحسني العمراني لطف الله به.

وسئلت عمن ادَّعى على غيره أنه أكرى له دابَّة من فاس إلى مكناس، فحمل عليها أكثر من المعتاد، فبمجرد رجوعها من مكناس إلى فاس ماتت من ذلك، فأجابه المدَّعى عليه عن الكراء بالإقرار وعن كونه حمل عليها أكثر من المعتاد بالإنكار. وأيضا المدَّعي هو الذي سافر بها من فاس إلى مكناس وباشر الحمل عليها وحاز الحمل من المكتري بعد التقليب واختبار ثقله من خفَّته، والدّابَّة ماتت بيده ولا مردَّ لقضاء الله، والمدَّعي مقر بهذا كله.اهـ...

فأجبت : لا يجب على المدَّعى عليه غرم الدّابَّة المذكورة ولايتوهم أصلا لوجوه :

أحدها، أن المدَّعي لم يبين قدر الزيادة على المعتاد وهو أمر لا بد منه، لأنه إذَا كان كثيرا أوجب الضمان وإلا أوجب الكراء أي كراء الزائد فقط، كما قال في المختصر : وضمن إن أكرى لغير أمين أو عطبت بزيادة مسافة أو حمل تعطب به وإلا فالكراء.اهـ...

ثانيها، على تسليم ذلك فلا بد أن يثبت المدَّعي أنه لم يحمل على هذه الدّابَّة شيئا زائدا على حمل المكتري، إذ يمكن أن يكون زاد عليه شيئا آخر ومنه هلكت، كما هو شأن الحمّار يحمل على الدّابَّة معتادها ثم يكثر عليها من التعاليق، فيحتمل أن هلاكها كان من هذه الزيادة أو بأمر سماوي أو بشده السير عليها أو نحو ذلك.

ثالثها، على تسليم ما ذكر كله فلا ضمان على المدَّعى عليه لأن المدَّعي

مفرِط حيث لم يثبت وقت الحمل، إذ كان الواجب عليه أن يختبر الحمل هل هو ثقيل أو لا، بحيث لم يختبر ذلك فهو مفرط أو فعل ذلك لرضاه به، وذلك مبطل لحقه. رابعها، على تقدير ثبوت ذلك كله فلا وجه لضمان المدَّعى عليه لأنه متسبب فقط، وصاحبها وهو المدَّعي مباشر لأنه الذي تولى الحمل عليها، والمباشر مقدَّم على المتسبب كما هو معلوم. وأما الشهادة على المكتري بأنه أقر بزيادة نصف قنطار في حمله، فعلى تسليمها إنما توجب كراء هذا النصف، وأما ضمان الدّابَّة فلا سبيل إليه بحال، والعلم كله للكبير المتعال. قاله وقيده المهدي لطف الله به.

وسئل العلامة المقدس سيدي محمد العربي الرباطي رحمه الله عن حمّار ادَّعى أن جميع ما كان عنده من أمانات الناس ضاع له بحوز مدينة سلا، ثم شهدت بينة بأنه وُجد على بهائمه حين قدومه من سفره جُل الأمانات التي ادَّعى ضياع جميعها.

فأجاب : الحمد لله، الحمّار المذكور حوله وإن كان الأصل فيه أنه أمين لا ضمان عليه فيما حمله إذا ادَّعى ضياعه، وهو مصدَّق فيه مع يمينه، فإن محل ذلك ما لم يتبين كذبه ويثبت عدم صدقه، فإذا ثبت ذلك سقطت أمانته ولم يصدق فيما يدعيه وكان ضامنا. قال الشيخ أبو الحسن في جواب له : القاعدة أن من صُدِقَ وجعل القول قوله فيما يدَّعيه فإنما ذلك ما لم يتبين كَذِبُه، فإذا تبين كَذِبُه طُرِح قوله لانخرام ظن صدقه بتبيُّن كَذبه. (هـ). وقبله ابن هلال وغيره، ومثله في المعيار عن ابن لبابة في مودع اختلف قوله في وديعة، فقال : اختلاف قوله يوجب عليه الضمان فهو ضامن. (هـ).

وسئل العلامة المحقق سيدي عبد الرحمن الحائك عمن اكترى دابَّة فنهبت منه أحواز العمارة بعد مغيب الشمس، فكتب فيها بعدم الضمان، وكتب غيره بالضمان لمجيئه ليلا، فكتب عليه بعض أصحابه: العداء والتفريط موكول إلى العادة والعرف، ولم يقل أحد فيما رأينا ووقفنا عليه أن الذهاب ليلا بالبهيمة هو تفريط، وكلام الأئمة رضي الله عنهم مطلق، ابن يونس: القضاء أن الأكرياء والأجراء فيما أسلم إليهم كالأمناء عليه لا يضمنون. (هـ). ومن الاستغناء المكتري

مصدَّق فيما ادَّعى إباقه من العبيد وتلفه من الدَّواب. (هـ). ولا بدَّ من ثبوته أي التفريط ببينة عادلة، سيما أن هذه البلدة (أي تطوان) وأحوازها في هذه المدة أدامها الله للمسلمين قد عمها الأمن ليلا ونهارا ولا يقع مثل هذه الفلتة إلا نادرا والنادر لا حكم له في الشرع، وعليه فيبقى الأمر على ما قالته الأئمة، ومن ادَّعى التفريط فإثباتُه عليه، هذا وقد شهدت له بينة أنه أتى نهارا. (هـ).

فأجاب عقبه أنه صحيح، وقد سرى في سيره على عرف الناس، وفي المتن عاطفا على ما يعتبر فيه العرف وفي السَّيْر والمنازل والمعاليق. وقال ابن عرفة ما نصه: ابن شاس : وكيفية السَّيْر وتفصيله وقدر المنازل وقدرالنزول في معمور أو صحراء، معتبر بالعرف. (هـ)، ونحوه في التوضيح وغيره، فعلى مدَّعي خلاف ذلك إثباته، وإثبات أن السائر في ذلك الموضع، الغالب أخذه، وأما النادر فلا حكم له حيث لا شرط وإلا عمل به، نظير ما قيل في القراض، ونص المتن فيه: وأصله في المدونة: واشتراط أن لا ينزل واديا أو يمشي بليل، الخ.. وبالكتابة من غير مراجعة ولا دليل أُكِلَت أموال يعلمها الكبير المتعال، وما رأينا من ضمَّنهُ في هذه النواحي ولا من كتب به. (هـ). وبالكتابة من غير مراجعة أُكِلَت أموال.

وسئل أيضا عن امرأة آجرت رجلا على استخلاص مالها من أرَضينَ وغيرها بثلث ما يستخرجه لها.

فأجاب : إنها إجارة مجهولة، وقد اشترطوا فيها أن تكون معلومة كما يؤخذ من المتن وغيره، ونصُّ ابن عرفة فيه : الأجر كالثمن يُطلب كونه معروفا قدرا وصفة، الخ... ولا ترد مسألة التَّقاضي وهي: من قال لرجل: ثبت لي على فلان مائة دينار، فما اقتضيت لي من شيء فلك نصفه، فإذا علم كم الدَّيْن جاز كما في وثائق الفشتالي، لأنها مقيسة كما فيه على مسألة الحصر، القائل الرصاع فيها في شرح الحدود إنما أجازها في المدونة على أنها جعالة، ولذا قال : وله الترك متى شاء، والله أعلم. (هـ).

وسئل أيضا عما أتلفته البهائم ليلا أو نهارا وقلنا بالغرم، فهل على ربها أو

على راعيها، وكيف إن ترك رب الزرع التحويط أو الزرب ؟

فأجاب : قال الباجي، قال مالك والشافعي : ما أتلفت الماشية في النهار فلا ضمان على أربابها، وما أصابت بالليل ضمنوه. قال مالك : وسواء كان محظرا عليه أو غير محظر، نقله المواق ونحوه الزرُّوق وابن مرزوق وغيرهما. وقال ابن سلمون، قال ابن رشد : وإنما يسقط الضمان مهمَا أفسدت من الزرع بالنهار إذا أخرجها من جميع مزارع القرية وتركها بالمسرح، وأما إن أطلقها ترعى قبل أن تخرج من مزارع القرية دون راع يردُّها عن الزرع فهو ضامن لما أفسدت وإن كان معها رعاتها، وإنما يكون الضمان على الرعاة إن فرطوا أو ضيعوا حتى أفسدت شيئا، ثم قال : وقال ابن الحاج في مسائله : إذا قلنا بضمان ما أفسدت بالليل فهل يتعلق الضمان برعاتها أو بأربابها، تكلمت فيها مع ابن رشد فظهر له أن الضمان على الرعاة، ويحتمل أن الضمان يتعلق بأربابها، فإن كان الراعي أجيرا يحلف ما ضيع ولا فرط ويغرم رب الماشية، وبهذا الأخير جزم ابن رحال قائلا : هو الذي يظهر من كلام الناس. وفي تبصرة ابن فرحون ومُعين الحكّام : إنما يسقط عن رب الماشية ضمان ما أفسدته ماشيته نهارا من الزرع والحوائط إذا أخرج ماشيته عن جملة الزرع والحوائط بقائد يقودها إلى راعيها، وأما إن أهملوها بين الزرع والحوائط دون راع أو مع راع يضيعها أو يفرط، فربها ضامن لما أفسدته، ويضمن الراعي المفرط إلا إن صدر منه شيء دون تفريط فلا ضمان. واعلم أن سقوط الضمان فيما رعته البهائم نهارا إنما هو في المواضع التي لا يغيب أهلها عنها، وأما إن كان الجنان مهملا لا يأتيه أربابه إلا في أيام الجذاذ فإن الضمان لازم فيما رعته نهارا، قاله أبو محمد في فتاوي المجموعة. وفي مختصر الواضحة قال ابن مزين : سمعت أصبغ يقول، وسألته عن الزرع إذا كان محيطا بالقرية : إن صاحب الماشية يؤمر أن يخرج معها راعيا أو رعاء، فإذا خرجوامن زرع القرية إلى فحوصها وما لا زرع فيه منها تركت الماشية بغير راع هنالك، فإن نزع شيء منها الى الزرع كانت مثل الضواري. قال فضل : وأما لو فتح رجل بابه وسرح دابَّتَهُ بلا حارس فالضمان على مثل هذا، والغرم له لازم، ولو أدبَ لكان له أهلا. وقال زرُّوق:

الباجي : المواضع ثلاثة أضْرب، ضرب تتداخل فيه المزارع، فهذا الذي يكون فيه الليل على أصحاب المواشي والنهار على أصحاب الزرع، وضرب تنفرد به المزارع والحوائط وليس بمسرح، وهذا لا يجوز إرسال المواشي فيه، وما أفسدت ليلا أو نهارا فعلى أربابها، وضرب جرت عادة الناس بالإرسال فيه، فأحدث رجل فيه زرعا من غير إذن الإمام في الإحياء فلا ضمان على أهل المواشي ليلا ونهارا. وفي المدنية : ليس لأهل الماشية أن يخرجها إلى قرب الزرع بغير ذوَّادٍ،وعليه أن يذودها من الزرع، فإذا بلغوا للرعي سرحوها، فما مشى منها إلى الزرع لا يضر، فاعرف ذلك وانظره. (هـ).

قلت : الذي في كتاب ابن الرامي؛ فما مشى منها إلى الجنات والزرع كان على أصحاب الزرع والجنات دفعها.

وسئل (أي الحائك) أيضا عمن اكترى ثورا للحراثة لمدة وبقي عنده إلى تمامها، فزعم أنه ما حرث به إلا شيئا يسيرا.

فأجاب : إن الكراء يلزمه كاملا لقول المتن، ولزم الكراء بالتمكن، وقول ابن الحاجب : لو حبس الدّابّة أو الثوب المدة المعينة ثبتت الأجرة، إذ التمكن كالاستيفاء. (هـ).

وسئل أيضا عمن اكترى دابّة فَغُصِبها في الطريق،

فأجاب : لا ضمان عليه لأنه لم يظهر منه تفريط ولا تعدّ. ففي الحطاب قال ابن الحاجب : والمستأجر أمين على الأصح: ابن عبد السلام : هذا هو المعروف في المدونة وغيرها، وأنكر بعضهم وجود الخلاف في المذهب ونحوه في التوضيح، وفي الرسالة : مصدَّق حتى يتبين كذبه. ابن ناجي : قول الشيخ: مصدَّق، يريد ويحلف إن كان متهما أنه ضاع وما فرطّتُ ولا يمين عليه إن كان غير متهم. وفي المدونة : ومن استأجر ثوبا فلبسه فادَّعى أنه ضاع وسرق منه أو غصب فهو مصدَّق فيما حكى حتى يتبين كذبه. وفي البرزلي ما يؤيده، ونصه : من اكترى دواب بأحلاسها وغرائرها فضلّت دابة بحملها فتبعها فوجد أخرى قد

ذهبت فلا ضمان عليه في الأولى ولا فيما عليها إذا اكتراه حتى يتبين كذبه ولا ضمان عليه في الثانية أيضا ولا فيما عليها إن تركها عند سعة أي في محل أمن، وإلا ضمن. (هـ).

وسئل أيضا عن راعي غنم غير مشترك شهد عليه بالتعدِّي لفيف دون بيان.

فأجاب : المذهب كما هو في المعيار وغيره، ردُّ الشهادة بالإرسال، وسواء كان في لفظ الشاهد أو في مستند علمه، ونقله أبو علي في ارتفاقه، ونقل في شرحه ما نصه : وإن تعدَّى الراعي ضمن ولا إشكال، فإن شك هل ذهبت الشاة في وقت تعدِّيه أو في غيره فلا ضمان، لأن الأصل عدم التعدِّي. (هـ).

قلت : قال أبو العباس الملوي في تحفة القضاة ما نصه : كثيرا ما يقع في البادية الدخول مع الراعي على أنه إن خرج قبل تمام المُدَّة من غير عذر فلا شيء له، وإن أخرجه رب الغنم أعطاه جميع الأجرة، ويسمون تلك العقدة: يوم بسنة، وسنة بيوم.

وقد سئل عن المسألة أبو عبد الله سيدي محمد بناني،

فأجاب بأنها عقدة فاسدة تجب فيها أجرة المثل وتفسخ متى ما عثر عليها، واحتج بما ذكر ابن رشد في البيان فيمن جاعل رجلا على آبقين على أنه إن أتاه بهما جميعا فله كذا، وإن أتاه بأحدهما فلا شيء له، من أن ذلك جعل فاسد.

وفاوضت فيها شيخنا أبا عبد الله سيدي التّاودي بن سودة فأجابني بفساد العقد المذكور، وتذكر قول المختصر : إلا كبيع سلع لا يأخذ شيئا إلا بالجميع، وقولهم لا يصح الجعل إلا فيما لا ينتفع فيه الجاعل إن خرج العامل قبل تمام العمل. وفي أجوبة سيدي عبد القادر الفاسي أنه لا يجوز إعطاء بقرة لمن يرعاها على أن يأخذ نصف زبدها قائلا : لكن في المواق والمعيار وعن ابن سراج ما يؤذن بالترخيص في ذلك من أجل الاضطرار، لأن مذهب مالك مراعاة المصلحة إن كانت كلية حاجية فإن تعاقدا على زبد في ذمته، فقال الدّاودي : لا خلاف

في فساد العقد، والله أعلم. (هـ). وفي الدّرر المكنونة في نوازل مازونة عن المنّدالي : إن ما يأخذه الراعي من الزبد بالعادة على رعايته مفسد لعقد الإجارة، ويقضّى له بأجرة مثله لأنه لم يدخل معهم على تحديد ما يأخذه من الزبد بالوزن، وإنما دخل على أن يأخذ مخضة في الشهر مثلا، ومثله يقع كثيرا في إجارة معلم الصبيان في البادية.

وقد سئل أبو الفضل العقباني كما في الدُّرر، وقيل له: إنهم يجعلون له مخضة على كل من قيدت أي ضمته وجمعته الحلة على من عنده ولد وعلى من لا ولد له، ويسمونه خِميس الطالب.

فأجاب : إن كان شرطا عليهم في أصل العقدة فالإجارة فاسدة، للجهل بالعوض، ولا يعرف قدر غلة يوم الخميس، والواجب في هذه الإجارة الفسخ والرجوع إلى أجرة المثل فيما مضى من مدَّة التعليم، والله الموفق.

تتمة : إذا فسخ العقد لفساده وقلنا إنه يؤخذ أجرة مثله لما مضى، فيدفع له حالا كما هو واضح، وأفصح عنه في الدُّرر. وأما الإجارة الصحيحة إذا وقع فيها ما يوجب عدم التَّمام وكانت مؤجَّلة لأجل معلوم، فإنه يأخذ من الأجرة المسماة بقدر عمله، ويبقى مؤجلا بأجله، وذلك أي بقاؤها إلى أجلها واضح، إلا أن يفهم منهم إرادة تعجيل ما ينوبهم من الأجرة عند التفاسخ. (هـ).

وسئلت عن راعي البقر بالنوبة إذا تلفت له بقرة مثلا وادَّعى أنها لم تسرح معه في ذلك اليوم ولا أتاه بها ربها.

فأجبت : الحمد لله، قال في المعيار : سئِل أبو الحسن الصغير عن راعي البقر بالدولة إذا خرجت له المواشي ولم يتبعها على الفور حتى يظهر من استينائه بعض تفريط، ثم خرج ورعاها بقيةَ يومه فجاء بها آخر النهار، وقد ضاعت منها بقرة فأنكر أن تكون خرجت معه ذلك اليوم وقال ربها: بل خرجت، فأجاب : إن الراعي ضامن، لإمكان أن تكون خرجت وضاعت في الساعة التي كان فيها مفرطا، وكان يجب عليه حينئذ أن يفتقد ما قدمه حتى يعرف ما قدمه، ويتقوّى

عليه الضمان إن كان يعرف البقر بأعيانها، وما غاب عليه منها يجب عليه أن يسأل عنه حين خرج إليه وإلا فهو مفرط، والعادة جارية، أن رب الماشية لا يَعُدُّها أول النهار ولا آخره حتى في البوادي. وأما في الحاضرة فيجب ذلك على الراعي وإلا فهو ضامن. (هـ). وخالفه سيدي ابراهيم القاري فقال : القول قول الراعي فيما تلف«أنه لم يقبضه»إلا إن قامت بينه على قبضه، ولا فرق بين راعي البادية والحاضرة. (هـ). قال أبو العباس الملوي : وبفتوى أبي اسحاق وسيدي ابراهيم القاري هذه، شهدنا القضاء بمحروسة تازة في حدود الثمانين بعد المائة والألف من قاضيها وقتئذ سيدي محمد العربي القسمطيني. (هـ). ويؤخذ منه ترجيح القول الثاني على الأول في هذه النازلة بأمور : أولها، وقوع الحكم به دون الأول، فلولا أنه الراجح ما ساغ الحكم به. ثانيها، أن أبا الحسن القائل بالأول علله بإمكان أن تكون البقرة خرجت وضاعت في الساعة التي كان فيها مفرطا...الخ. وهذه العلة منتفية هنا إذ لم يثبت على الراعي في هذه النازلة تفريط أصلا، ومن المعلوم المقرر أن العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما، فالاحتجاج على ضمان الراعي في هذه النازلة بفتوى أبي الحسن يمجه الطبع، ويصطحب على إنكاره العقل والسمع :

راحت مشرقة ورحْت مغربا شتّانَ بين مشرق ومغرب

ثالثها، أن صاحب البقرة هنا يريد تعمير ذمة الراعي بقيمتها، والراعي يُنكر ذلك، ولا شك أن الأول هو المطالب بالبينة لأنه المدَّعي، والثاني إنما عليه اليمين. قال في المختصر : وإن أنكر قال ألك بينة...الخ. وفي التحفة أيضا : والمدَّعي مطالب بالبينة، البيتين. رابعها، أن قول أبي إسحاق القاري هو الموافق لقول الأئمة : إن الراعي أمين، وقد عدَّه في التحفة من جملة الأمناء فقال :

ومثله الراعي كذا ذو الشركة في حالة البضاعة المشتركة

وإذا كان من الأمناء بلا نزاع فكيف يضمن بمجردِ الدَّعوى عليه، بل قال في التحفة :

والقول قولهم بلا يمين.

خامسها، أن كلام أبي الحسن مخالف لما قاله الأئمة : إن الأصل في الراعي عدم التعدي، وأنه إن قال : روحت الشاة وأنكره ربُّها يقبل قوله، فكما يقبل قوله إنها راحت يقبل قوله أيضا لم تخرج معه من أول الأمر، بل هو أحرى، تأمله. قال الشيخ أبو علي في حاشية التحفة : وإن تعدّى الراعي ضمن ولا إشكال، فإن شك هل ذهبت الشاة في وقت تعديه أو في غيره فلا ضمان، والأصل عدم التعدي، وانظر تصديق الراعي في قوله : أدخلت الشاة مع الغنم في الدّار عند رجوعه بها من الجبل ولم توجد الشاة، والحاصل أنه يصدق مع يمينه. (هـ) تأمله. سادسها، أن كلام أبي الحسن مخالف لما جرى به العمل من أن الراعي الخاص لا ضمان عليه. قال الشيخ أبو علي في حاشية التحفة : وأما الراعي الغير المشترك فلا ضمان عليه لأنه أجير خاص، لا سيما إن رعى بغير أجرة، ولم أر من ذكر ضمانه صريحا ممن يعتد بكلامه من الفحول. (هـ). وكون راعي النَّوبة خاصا ضروري، لأنه يرعى لقوم مخصوصين. قال الشيخ أبو علي بن رحال : والمراد بالراعي المشترك هو الذي يرعى لكل من أتى إليه، وأما إن كان يرعى لجماعة فقط فليس بمشترك...الخ. فتبين من هذا أن ما قاله أبو إسحاق القاري هو المعتمد والأقوى، وأنه الذي يتعين المصير إليه في القضاء والفتوى، ولهذا والله أعلم لمّا ذكر أبو العباس الملوي في تحفة القضاة ما يوافق كلام أبي الحسن زاد بعده، تأمله. (هـ) والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني العمراني الحسني لطف الله به.

وسئل العلامة النوازلي سيدي عبد الرحمن الحائك عن ناقة وجدت مبعوجة، فقيم على راعيها واتهم بإبعاجها، وقد كان يرعى وسط أخلاط من الرعاء وأرباب الزرع يذبُّون عن زروعهم، فهل عليه ضمان أم لا ؟

فأجاب : لا ضمان عليه، قاله مالك وأصحابه، وأقصى ما عليه فيما ضل أو هلك اليمين أنه ما فرط ولا تعدَّى وإن كان مشتركا على المشهور. وروى سعيد ابن المسيب : الراعي الذي يلقي الناس إليه غنمهم انه ضامن لما تلف وراءه

كالصانع. قال ابن سلمون : وليس عليه عمل، ونحوه للمنجور على المنهج، وفي لامية الزقاق : ان العمل بفاس في وقته بالضمان...الخ.

وسئل أيضا عن مكْر أكرى واجبه في دار مشاعا، وشرط على المكتري الانتفاع بأروى ومخزن ما دام مقيما بتطوان، وكان هذا الشرط بشاهد واحد، والكراء بشاهدين، وأراد شريكه أن يشفع الكراء.

فأجاب : حيث ثبتت الشهادة المذكورة وسلمت من قوادحها وكملت بيمين، كان الكراء فاسدا، لما اعتراه من الشرط المجهول المدَّة، وهو مضر كما أفاده الحطّاب وغيره، وعند فساده يفسخ البيع ولا شفعة فيه حيث لا فوت كما هو مذهبها في البيع، وعليه أجر المودَّة وغيره، والشفعة لا تُفيت البيع فاسدا كما في الدرر عن أبي الحسن.

وسئل أيضا عن ناظر أكرى بعد الإشادة والاستقصاء، فجاء من لم يحضر وأراد الزيادة.

فأجاب : إنه كراء صحيح لا يُنقض ولا تُقبل فيه زيادة إلا أن يثبت بالبينة أن في الكراء غبنا على الحبس على المشهور، وتلقاه غير واحد بالقبول، وعليه عمل المغرب، خلاف ما عليه عمل تونس المذكور في اللامية وغيرها. (هـ).

وسئل أيضا عن دار، نصفها لامرأة مِلكا، والنصف الآخر موصى به لمن لم تنقطع ولادته، أراد من وجد منهم المقاواة مع ذي الأصل، فأفتى بأنه ليس لذي الغلة إلا القيمة لما ينوبه لذي الأصل كما للعبدوسي قائلا : وبه العمل.

فأجاب : إنه صحيح، ونص المعيار فيه على نقل أبي علي في شرحه، وسئل العبدوسي عمن أكرى حظا من حانوت وكان الشريك الشفيع لا يشفع، فأجاب بأنه يجبر على كرائها بالقيمة، وبه جرى العمل. وكان ابن علال واللازغدري يجعلونه كالشريك في الأصل، إما أن ينغلق بابها أو تخلى للاكتراء. (هـ). وما به العمل مُقدم على غيره. (هـ).

وسئل أيضا عن شركاء في دار أراد أحدهم سكناها وعارضه بعض الأشراك بمثل ما أراد، وكان غيرهما أكراها لمن لا حق له فيها.

فأجاب بالمقاراة على شرط السكنى أو الانتفاع بغيرها دون الكراء للغير، مستدلا عليه بقول الحطاب في الشفعة : فرع : وهل لأحد الشريكين أن يلزم صاحبه أن يقاويه، سيأتي عن النوادر أنه ليس له ذلك في البيع ؟ والكراء مثله، وانظر في الإجارة الكلام على أنهما يؤاجران أو يسكن أحدهما بما يقف عليه الكراء. (هـ)، لكن أطلق في المحال عليه، ونصه فيه عن اللخمي : وأما الدّار فإن كانت تقسم قسمت منافعها وسكن المكتري (عبَّر بالمكتري لأن الكلام عنده مفروض في مكتريين دار تخاصما فيها، تأمله) فيما يصير إليه أو اكراه، وإن كانت لا تحمل القسم أكريت فاقتسما كراءها إلا أن يحب أحدهما أخذها بما يقف عليه كراؤها. (هـ). يريد ليسكن كما فهمه الحطاب وهو ظاهر، خلافا لمن تمسك بالإطلاق فكتب بالمعاوضة والله أعلم.

وسئل أيضا عن تصحيح ما أفتى به غيره من ضمان راعي فحل اشترط عليه رعايته نهارا ورواحه الى منزله وربطه ثم فرط فيه وتركه مهمَلا ثم ادَّعى أنه سرق له.

فأجاب : إنه صحيح، وفي المدونة وغيرها ما يشهد له.

وسئل أيضا عن حارس الحمام أنزلت عنده حوائج فادَّعى ضياعها، هل عليه ضمان فيما أنزل عنده أم لا ؟

فأجاب : المشهور، وهو مذهب المدونة والرسالة، وعليه عول خليل في مختصره، أن لا ضمان عليه، وحكى عياض في مداركه عن الحسن بن نصر أنه حكم بسوسة بتضمينه لما حدث به يحيى بن عمر عن الحارث عن ابن وهب عن مالك من تضمين صاحب الحمام قال : وكان أولا يحكم بعدم ضمانه فكثر شاكوه فحكم بالرواية المذكورة، ومثل الرواية في العتبية، قال القلشاني : قلت : انتقاله عن الحكم بالمشهور الى الحكم بالرواية الشاذة مراعاة للمصلحة العامة

التي شهد الشرع لها بالاعتبار. قال : وقد سمعت شيخنا الغبريني يحكي عن الشيخ الفقيه القاضي أبي العباس بن حيدرة أحد قضاة الجماعة بتونس أنه حكم بتضمين الحمامي. (هـ) باختصار. وفي تضمين الصناع لأبي علي قال ابن عبد البر في الكافي : لا ضمان على صاحب الحمام، ويحلف، وقد قيل: عليه الضمان، والأول أشهر عن مالك، وكلاهما معمول به على حسب ما يؤدي الاجتهاد اليه...الخ. وبالجملة عدم الضمان أقوى، لأنه المشهور وعمل به، وإن عمل بغيره لمصلحة، والله الموفق.

وسئل أيضا عن صاحب فندق ضاع ما في بيوته فضمنه قاضي الوقت.

فأجاب : لا ضمان عليه كما أفاده أبو علي في تضمين الصناع حيث قال : وصاحب الفندق باعتبار الدّواب كالراعي المشترك، وباعتبار الأمتعة التي تطرح في وسطه هو بمنزلة الصناع في الضمان، باعتبار أن الأمتعة ممّا يغاب عليها، والناس محتاجون للفنادق غاية إن كانوا يعتمدون على صاحب الفندق في حفظها ويتركونها من غير حارس لأجله ولا يتبرأ منهم ولا ينذرهم بأنه لا يحفظها، والفندق بأبه مفتوح. (هـ). وأما باعتبار ما في البيوت التي لها غلق، فلا ضمان عليه لما تلف فيها كما أفاده ما تقدَّم وغيره، وقصارى ما عليه، اليمين إن كان متهما، وإلا فلا تتوجه فيما فيه معرة، كغصب وسرقة على المشهور المعمول به، كما في شرح شيخنا (أي التّاودي) للتحفة عن المعيار عن العبدوسي معترضا غيره من كلام التحفة، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عمن أسقطت صونها عن أولاد أخيها ثم بعد مدَّة أشهدت به.

فأجاب : إن إشهادها صحيح يجب اتباعه، لأن كل متطوع مصدَّق، فمن التزم الإنفاق على إنسان فأنفق عليه شهرا أو سنة، وقال : هذا الذي أردت ولا أزيد على ذلك، وطلب الآخَر الانفاق عليه حياته صُدق الملتزم، ولا يلزمه أكثر مما ذكر أنه أراده، قاله الحطاب في التزاماته. (هـ).

وسئل أيضا عن قوم أحدثوا مسجدا قرب آخر لبُعد الأول منهم، فهل عليهم شرط في الأول أم لا ؟ وهل يجوز لهم الإحداث أم لا ؟

فأجاب : المسألة سئل عنها قاضي فاس في حينه سيدي محمد ابن سودة، فأجاب : إنه ليس على أهل الحومة البعيدة عن المسجد القديم شرط مع أهل حومة القديم، إلا ما ألزموه أنفسهم عام الانتقال. وأما بعده فلا يلزمون بشيء، وكذا إن انتقلوا أول حول الشرط، متبرئين منه صريحا، ولا بأس بانتقالهم لما اعتلوا به من البعد، وإن كان احتساب آثارهم أولى. (هـ) باختصار. وما اعتلوا به من البعد نفى عنهم الضرار المذكور في الآية المشار إليه في جواب مالك وسحنون المذكور في المعيار في جوابيهما، وما كتبه عليه ابن رشد طويل، ومحصَّله النظر الى مقصدهم، والسلام. (هـ).

وسئل أيضا عن رجل قدم على ضريح ولي بموافقة الجماعة بمقتضى العادة ورام بعضهم تأخيره، وقد وقع في عامين من تصرفه جائحة، وفي الثالث خلف.

فأجاب : من قدمه الجماعة على النظر بمقتضى الإلف والعادة فلا يتأخر عنه إلا بموجب، كما في ابن عرفة المنقول في الحطاب فيمن قدمه القاضي، وهذا من واديه، وحيث اختلفت عليه الجماعة فلا يعزل إلا أن يثبتوا عليه بغيرهم جرحة في دينه، كما لابن مغيث في الإمام، والباجي وغيرهما، المنقول حتى في ابن سلمون، وحيث تأخر بموجب أو اختيارا، فأفعاله السالفة جائزة إذا وافقت السَّداد، ولم يخرج عن طريق الاجتهاد، وهو مصدَّق القول، مطلق اليد، كما في التَّبيين عن المتيطية، ونحوه في الحطاب عن البرزلي عن السيوري في محتسب قام على ناظر، ونص جوابه : القول قوله فيما زعم أنه أخرجه إذا كان يشبه ما قال. (هـ). وهو مصدَّق بيمينه فيما إذا أعمره من ماله ورجع بذلك في الغلة كما في الحطاب عن النوادر، فإذا وقعت الجائحة في السالف كما في السؤال وظهر الخلف في الثالث، فإنه يرم به السالف من عاميه كما هو واضح من الأنقال السالفة وغيرها، وليس من أفراد ما لابن سراج المنقول في المواق. وفي نوازل الأحباس من المعيار : هذا بعض ما وقفنا عليه، ويكفي أولي الألباب وفـء بحاجب. (هـ).

وسئلت عن حانوت لأناس محبَّسة عليهم من قديم الزمان أكروها لشخص، وبقي بها نحو الثلاثين سنة، فادَّعى المكتري المذكور ملكية زينتها وأقر لهم بأصلها وبجلستها، وأقام بينتين بذلك، إحداهما لفيف والأخرى عدلية، وشهد لهم أيضا جماعة كثيرة من العدول المبرزين وغيرهم بما ادَّعوه.

فأجبت : الحمد لله، حيث كان ملك أولاد فلان لمنفعة الحانوت المشار إليها ثابتا بالعدد الكثير من العدول المبرزين وغيرهم، وكان ذلك معروفا عند الكبير والصغير، التجار وغيرهم، كانت شهادة الذين شهدوا بزينتها لغيرهم مستبعدة جدا، وقد قال بعض المتأخرين: من مبطلات الشهادة الاستبعاد والاستغراب والشذوذ ومخالفة العادة.الخ.. وفي المختصر أيضا : ولا إن استبعد كبدوي لحضري، وأيضا فحيث علم مدخل المكتري فيها بالكراء فلا تنفعه بيِّنة الملك ولو طالت حتى تشهد بنقلها إليه من هؤلاء المكرين، وعليه فيجب على المدَّعى عليه تسليم الحانوت لأربابها، إذ لا شبهة له في ملكها إلا هذه البيِّنة المستبعدة وهي غير مفيدة، وعلى تسليم أنها بيِّنة تامَّة، فبيِّنة المكرين مقدَّمة عليها لأنها بيَّنت سبب ملك المنفعة وهو الحبس، بخلاف بيِّنة المدَّعى عليه ليس فيها بيان سببه. وفي الزقاقية : بأسباب مِلك رجحن أن تعارض.الخ...

وبيدهم أيضا عقد لجميع منفعة الحانوت قبل دخول المدَّعى عليه فيها، وهي شاهدة لهم بما يدَّعونه الآن. وأيضاً بيناتهم فيها مزيد العدالة على بيِّنة المدَّعى عليه فترجح بذلك، لقول المختصر، «ورجح بمزيد عدالة. وأيضا بيِّناتهم مؤيَّدة بالتَّواتر، وقد نصوا على تقديم ما يفيد التحقيق والقطع على ما يفيد الظن فقط كبيِّنتي المكتري هنا، ونظمه في تكميل المنهج. وأما الحوز فيرجح به أيضا، لكن إن لم تكن بيِّنة مقابله أرجح كما هنا، وإلا فلا يعتبر، لقول المختصر : وبيد إن لم ترجح بينة مقابله، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وأجبت أيضا عمّا يقرب منها بما نصه : الحمد لله، حيث اشترط أرباب الحانوت على مكتريها يوم دخوله إليها أن يقلع زينته منها إذا انقضت مدَّة الكراء ولا

يبقيها فيها إلّا برضاهم، ورضي بذلك المكتري وانقضت المدّة وطلبوا بقلعها من حانوتهم؛ فلهم ذلك قطعا؛ ويلزمه قلعها شرعا؛ عملا بالشرط المذكور، لأن المسلمين على شروطهم، وكل شرط حلال غير مؤثر في الثمن كهذا، فإنه معمول به كما في التحفة وغيرها، ولا يضرهم السكوت هذه المدّة الطويلة، لأن الحيازة إنما تفيد فيما جهل أصله فقط، وأما ما علم أصله كهذا فلا تعمل فيه ولو طالت، ولذا استثنى هذه من الحيازة في المختصر بقوله : إلا بإسكان ونحوه. الخ... وقال في التحفة أيضا :

إلا إذا ثبت حوز بالكرا　　　أو ما يضاهيه فلن يعتبرا

والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئلت أيضا عمّا كثر اليوم وشاع وذاع من بيع زينة الحوانيت في جميع المدن، ويسمونه بالمفتاح أيضا، هل له أصل أو لا ؟

فأجبت : الحمد لله، قال الفقيه سيدي محمد بن أحمد التّماق في تأليفه الذي سمّاه إزالة الدلسة عن وجه الجلسة ما نصه : ربما سمعنا عن بعض الأسواق المغبوطة في هذه الأزمنة كالقيسارية والعطارين أن من تكون بيده الحانوت يبتغي أن يعطيه الدّاخل لها برضاه ما يتفقان عليه فيما بينهما ليرفع له يده عنها، ويسمون ذلك شراء المفتاح من السّاكن ولا مدخل في ذلك لذي الأصل الذي عقده أولا للسّاكن أو ذي المنفعة، فانظر هنا هذا الحادث فهو غير الجلسة على كل حال، وتأمّل؛ هل هو من معنى الخلو أيضا عند المشارقة أو الخلو قطعا هو كما تقرر نظير الجلسة والله أعلم. (هـ). وإذا كان شراء المفتاح من معنى الخلو، فقد قال الزرقاني فيه: أفتى الشيخ شمس الدين اللقاني وأخوه ناصر الدين بأن الخلو معتد به؛ لكون العرف جرى به. ونص ما رأيته : **سئل** الشيخ ناصر الدِّين اللقاني: ما تقول السّادات العلماء في خلو الحوانيت الذي صار عرفا بين الناس في هذه البلدة أي مصر وفي غيرها، ووزنت الناس في ذلك مالا كثيرا حتى وصل الحانوت في بعض الأسواق أربعمائة دينار ذهبا جديدا، فهل إذا مات شخص وله وارث يستحق حانوت موروثه عملا بعرف ما عليه الناس، وإذا مات من لا وارث

له يستحق ذلك بيت المال، وإذا مات شخص وعليه ديْن ولم يخلف ما يفي بديْنه فإنه يوفي ذلك من خلو حانوته. **فأجاب** : نعم، إذا مات وله وارث شرعي، يستحق خلو حانوت موروثه، عملا بعرف ما عليه الناس، وإذا مات من لا وارث له، يستحق ذلك بيت المال، وإذا مات شخص وعليه ديْن ولم يخلف ما يفي بديْنه فإنه يوفى ذلك من خلو حانوته. (هـ). ثم نقل مثل هذا الكلام عن السنهوري وعن معظم شيوخه. وقال بعده : يقتضي أنه ليس للناظر إيجار لغير صاحب الخلو، وبه أفتى والدي قائلا : إنه مقتضى فتوى النّاصر، ونحوه للبدر القرافي برسالته الدُّرر المنيفة. (هـ) باختصار. ولا مفهوم للحوانيت، لأن المسألة مبنية على العرف وهو جار في الحوانيت والأرحية، وبيوت الفنادق ونحو ذلك، فظهر بهذه النقول أن صاحب المفتاح اليوم له التصرف التّامُّ فيه بالبيع وغيره لثبوت ملكه لكون العرف بذلك اليوم شائعا في فاس وغيرها، وتقدم قول التّماق : لا مدخل في ذلك لذي الأصل، والله أعلم. وقيده المهدي لطف الله به.

تنبيه : ما تردَّد فيه التَّماق من أن الخلو نظير الجلسة أو غيرها خلاف ما في حاشية بناني من أن الخلو هو الجلسة، انظره عند قول المختصر في كتاب العارية : لا مالك انتفاع. الخ...

قلت : وفيما تردَّد فيه التَّماق وجزم به بناني من أن الخلو عند أهل مصر هو الجلسة بفاس نظر، لأن الجلسة بفاس هي الكراء على التَّبقية، والخلو بمصر هو ما يقبضه مالك منفعة الحانوت مثلا على رفع يده عنها ولا يبقى له تصرف فيها، بل يمكن مفتاحها لدافع الخلو ويصير له التصرف دونه، فالخلو بمصر هو شراء المفتاح بفاس. وقال الإمام بدر الدين القرافي في كتابه الدُّرر المنيفة في الفراغ عن الوظيفة ما نصه : وهنا فائدة انجر الكلام إليها لتعلقها بهذا المقام، وهي كثيرة الورود وحديثة العهود، لم يقع في كلام فقهائنا فيما أعلم التعرض إليها ولا التوجه إليها. وقد قال عمر بن عبد العزيز : تحدث للناس أقضية بقدر ما احدثوا من الفجور، والمسألة الواقعة هي أن حوانيت الأوقاف بمصر جرت عادة سكانها أنه إذا أراد أحدهم الخروج من ذلك الحانوت أخذ من آخر مالا على أن ينتفع بالسكنى

في ذلك الحانوت، ويسمون ذلك القدر المأخوذ من المال خلواً»ويتداولون ذلك بينهم واحداً بعد واحد وهكذا، وليس يعود على تلك الأوقاف من ذلك نفع أصلا غير أجرة الحانوت، بل الغالب أن أجرة ذلك الحانوت أقل من أجرة المثل بسبب ما يدفعه الآخذ من الخلو، والذي يدور عليه الجواب في ذلك أنه إن كان السّاكن الذي يأخذ الخلو يملك منفعة الحانوت مدَّة، فأسكنها غيره وأخذ على ذلك مالا، فما يأخذه»إن كان بيده عقد إجارة بأجرة المثل فهو سائغ له، وأخذه أخذ على تلك بالمنفعة التي يملكها، والدافع دفع ذلك المال لانتفاعه بذلك، ولا ضرر على الوقف لصدور الأجرة على وفق أجرة المثل، وهذه الصورة عزيزة الوجود. وأما إن لم يكن مالكا للمنفعة بإجارة وهو الكثير الوقوع فلا عبرة بذلك الخلو، ويؤجره الناظر لمن شاء بأجرة المثل، وبذلك أفتى بعض مشايخنا وبناه على ما تقدم من قول ابن رشد : ولا يجوز بيع أصل العطايا لأنه يبطل بموته، لكن نقل بعض من يوثق به، أنه وقف على إفتاء لبعض شيوخ شيوخنا « الشيخ ناصر الدين اللّقاني باعتماد الخلو، وأنه حق يورث، ولم أقف في فروع المذهب على ما يقتضيه. ونص السؤال المرتَّب عليه الإفتاء المذكور : ما يقول السّادات العلماء في خلو الحوانيت، إلى آخر ما تقدَّم عن الزرقاني»والله أعلم.

وسئل الحائك أيضا عن جلسة على قاعة مملوكة لغير صاحب الجلسة أراد صاحب الأصل دفعه من حانوته وأتى ببيِّنة ناقصة، فأفتى غيره بأنها لا تفيد.

فأجاب : الحق كما لشيخنا (أي التّاودي) وغيره في نحو الرسم المذكور « أنه إن أقيم به على حائز فلا ينفع»لما فيه من العلل، وإن كان الرسم المذكور بيد حائز كفى، لأن الحوز وحده كاف،»فكيف مع رسم ناقص. نعم، قال الشيخ ميّارة آخر جواب له منقول في أجوبة الفاسي نصه : تحصيل الذي تلقيناه من شيوخنا المحققين»أن الجزاء المقام على الأرض المحبَّسة على غير معيَّن كالفقراء والمساكين أو المساجد أو التي لجانب المخزن وهي التي لبيت مال المسلمين، فإن الدخول في عقد جزائها على التّأبيد وعدم أمر الباني أو الغارس أو من دخل من ناحيته بقلع بنائه وشجره»بخلاف الجزاء المقام على الأرض المملوكة أو المحبَّسة على

معيَّنين، فإن الدخول فيها على عدم التأبيد والتَّحديد بالمدَّة المدخول عليها، فإذا انقضت فلرب الأرض أن يبقي الزينة لأجل آخر يتَّفقان عليه أو يأمره بقلع بنائه وشجره، ولهذا تجد الناس يتنافسون في جزاء المساكن والمساجد ولو بأعلى ثمن، ويزهدون في كراء الأرض المملوكة والمحبَّسة على معيَّنين. (هـ). ثم أتى بما يشهد له من كلام التّازغردي، وهو تفصيل حسن عزيز الوجود لا تجده عند غيره ممَّن تكلم على الجلس من علماء الحضرة، إذ أصل عملها لهم، منهم الشيخ القصّار وابن عاشر وأبو زيد الفاسي ونظراؤهم، ويطلب الدعاء من كد فيما شد. (هـ).

وسئل أيضا عن جلسة على غير قاعة الحبُس اشتراها مشتر والرسم بيده.

فأجاب : بأنها صحيحة، ورسْم الشراء دال على صحتها، لأن المنصوص عندهم أن عقود الأشرية لا توجب الملك، وإنما توجب الحيازة إذا كانت بيد المشتري، وإن لم تكن بيده فلا توجب الأمرين، قاله في المعيار قبل نوازل الأقضية، وبالجملة جرى بها العمل بفاس، ووقعت باعتبارها الفتوى من الشيوخ المتأخرين كالقصّار وابن عاشر وأبي زيد الفاسي وأضرابهم لما رأوه من المصلحة فيها، فهي عندهم كراء على التَّبقية، وقد أشار له في التوضيح في باب الشفعة، ونصه : وينبغي أن يتفق في الأحكار التي عندنا بمصر أن تجب الشفعة في البناء القائم بها، لأن العادة عندنا أن ربَّ الأرض لا يخرج صاحب البناء أصلا، فكان ذلك بمنزلة مالك الأرض، وقاله شيخنا رحمه الله تعالى. (هـ). قال سيدي عبد القادر الفاسي عقبه : ولأجل هذا المعنى، وهو مراعاة التَّبقية، تنافس الناس في شراء هذه العقد وتوليتها، وكيف لا، وأنت ترى صاحب التوضيح قال : فكان ذلك بمنزلة مالك الأرض أي بسبب هذا الاعتبار، وأطال النفس بما اقتضى أنها تحاز ويتصرف فيها كما يتصرف الملاَّك في أملاكهم، وتثبت بما تثبت به الأملاك من البيِّنات، ولم يفصِّل بين ما على قاعة الحبس وغيره، وإنما المفصِّل الشيخ ميّارة دون غيره ممن تنزَّل للكلام على الجلس، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عمَّن له النظر في أحباس المساكين وما ضارعها عقد كراء في

أرض لمن بنى بها حانوتا لمدّة من عشرين سنة دون ذكر تبقية بتصرف الباني ومن حل محلّه ببيع وغيره أو انقضت المدّة بما زاد على نصفها.

فأجاب : إن الجلسة والجزاء جرى في كل منهما العمل بالتّبقية عند أهل فاس، ونص ناظم عملها :

وهكـــذا الجلسة والجزاء جرى على التّبقية القضاء

ونقل في شرحه عن والده وغيره ما فيه مقنع وطول.الخ.

وسئل أيضا عن ذمي ساكن في نصف دار وخَرَّب بعضها فدفع في إصلاحها ما صدَّقه رب النصف فيه،والتزم (أي الذمي) أن يؤدي من الكراء كذا ويقتطع كذا، ومات المصدَّق عن بنت محجورة وقامت على الذمي في ذلك.

فأجاب : حيث صدَّقه في الإصلاح ولم يوافقه على ما التزمه من اقتطاعه من كراء الدّار المذكورة وأدائه، كان لورثته متكلم فيما التزمه لا فيما صدَّقه فيه، غير أنه لمّا لم يلتزم أداءه واقتطاعه الرب المذكور، جاءت الوثيقة ناقصة فيهما، والذي في المدونة وقاله غيره : وما بناه بأمر رب الدّار أو بغير أمره من غير الكراء، فإن كان لنقضه قيمة فلرب الدّار أن يعطيه قيمته مقلوعا. قال أبو الحسن : وليس للمكري أن يأبى ذلك، فإن لم يكن في نقضه ما ينتفع به مثل الجص والتزويق والتراب فليس له فيه شيء، كذا في المجالس،ونحوه في طرر الونشريسي. والظاهر أن تصديقه بمنزلة إذنه في البناء له فيقتفيه، وبالجملة لا غنى عن التقويم ولا عن النظر في الكراء لنقص ما كتب أي في الوثيقة، ولكون المقوم لها محجورة يحتاط لها ما لا يحتاط لغيرها،والذمي له ذمّة لا تخفى. (هـ).

وسئل أيضا رحمه الله عن المراس وهو الطمار هل يضمن أم لا ؟

فأجاب : الذي أفتى به سيدي عبد القادر الفاسي تبعا للقوْزي قائلا:وهو نص مالك عدم ضمانه،وهو المشهور في الحرّاس ومن جرى مجراهم إلا ما تعدّوا فيه أو فرطوا كما لأبي علي قائلا : وفي المسألة اضطراب كثير تردّدت فيه الأنظار. والذي له في تضمين الصناع: وأما حارس الطعام إذا كان منصوبا لذلك وهو

الطمار، فالضمان هو القياس. وأما غير المنصوب فلا ضمان عليه لأنه أجير خاص، ثم قال : ورأيت في النوازل المازونية أن الطمار جرى العمل بتضمينه، ولكن لم يحضرني الآن، فدخلني شك في ذلك، وتضمينه هو الحق بحسب ما ظهر لنا. (هـ). ونص فتوى القوري سئل عن الطمار يؤاجره أهل منزل بأجرة معلومة لحفظ مطاميرهم فتسرق مطمورة بالليل أوبالنهار، وربما ادَّعى الغلط لكثرة المطامير أو يدَّعى عليه بأكثر مما وُجد فيها. فأجاب : الطمار كسائر الأجراء لا ضمان عليه إلا أن يتعدَّى أو يفرط، وهو محمول على الأمانة وعدم التفريط حتى يثبت عليه غير ذلك، ومن اتهمه حلفه، فإن حلف برىء وإن نكل غرم. (هـ). ونص فتوى سيدي عبد القادر الفاسي : الطمار من جملة الحراس والرعاة، وما قاله القوري فيه من أنه لا ضمان عليه إلا أن يتعدَّى أو يفرط هو نص مالك فيه.الخ...

وسئل أيضا عمن استأجر غيره من أهل ديوانه مكانه في الغزو فكانت غنيمة، فالسهم لمن ؟

فأجاب بما في الحطاب، قال ابن يونس : وإذا غزا رجل عن رجل من أهل ديوانه بأجرة فإن السهم للذي استأجره، وقد نزلت عندنا فأفتى فيها بعض مشايخنا بذلك، وكذلك حكى بعض أصحابنا عن بعض مشايخنا القرويين. (هـ). وقال ابن عرفة : الأظهر أنه بينهما ثم وجهه، أنظره عند الحطّاب وغيره، والله تعالى أعلم بالصواب.

نوازل المُغارَسَةِ واحْياءِ المواتِ

سئل الشيخ الرهوني رحمه الله عن مقبرة كبيرة حبَّسها المتقدمون، فيها بري ومسلال، ركب فيها رجل أربعة أعواد بالحلو في البري أي لقمها بالزيتون الحلو، وباع نصف ما ركب لمسجد، اعتماداً منه على أنه استحق بما فعله من التركيب النِّصف وتخلص فيه من الناظر، بيِّنوا لنا من يستحق البري ومسلال والمركَّب، هل المسجد الذي اشترى ما ذكر أو غيره من المساجد القريبة، أو يبقى لورثة المحبس، ولكم الأجر. الخ..

فأجاب : الحمد لله، لا يستحق مُركب ذلك نصفاً ولا غيره من الأجزاء ولا يصح له بيعه، وما في المقبرة من الأشجار حكمه ما في العمليات من قوله :

وشجر بمسجد أو مقبرة ... يأكل، من شاء من تلك الشجرة

والمسألة ذات خلاف، والله أعلم. (هـ).

وسئل بعض العلماء عما يظهر من جوابه، ونصه : الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما، سأل سائل عن زيد غرس أرض عمرو على نهج الغراسة وحكمها فبلغ الغرس، واقتسما الغرس، النصف للغارس، والنصف لرب الأرض، وضربت بينهما الحدود، وبقي الزيتون والتفاح من غير قسمة، ولم يذكرا عند القسمة البري الباقي من غير تركيب في جميع الغرس لكونه كان صغيرا لم يبلغ مقام التركيب، واستبدَّ كل واحد بنصيبه، فباع عمرو نصيبه في البري الذي خرج في نصيبه لأنه يزعم أن رب الأرض غير باق على حقه في البري وقام عليه زيد يزعم أن البري باق على الإشاعة بينهما، فهل له ذلك أم لا ؟

فأجبته، والله الموفق للصواب : حيث وقعت القسمة بينهما في جميع الغرس وكان البري صغيرا ولا ذكراه فذلك قرينة تدل على سقوط المنازعة في البري لأنه صار من جملة الأرض والغرس الواقع فيه القسمة، وإنما يقتسمان التفاح والزيتون الباقيين من غير قسمة، ولا كلام لزيد في البري الذي خرج في حصة الغارس،

والله سبحانه أعلم. وكتب عبد الرحمن بن محمد مرُّون تاب الله عليه. (هـ).

الحمد لله، إذا لم يقع استثناء البري في القسمة فكل واحد له منه ما في قسمته، لأن القسمة بيع من البيوع، ومن باع أرضا فيها بري أو غيره من الأعواد ولم يستثنه فهو داخل في المبيع، والسلام. (هـ).

الحمد لله، ما سطره القاضي المرحوم عمنا سيدي علي بن مسيكة فوقه يليه صحيح، وبه يقول عبد ربه سبحانه عبد الله بن مسيكة. (هـ).

وسئل العلامة النوازلي قاضي تطوان ومفتيها سيدي عبد الرحمن الحائك عن إعطاء أرض مغارسة، وفيها بعض الأشجار هل تجوز أم لا ؟

فأجاب بأنها لا تخلو عن فساد من أجل دخول الشجر الكائنة في الأرض قبل غرسها كما في شرح المغارسة. وفي جواب الفاسِي عن الوثائق المجموعة وعن الجزيري في وثائقه، فيما كان دون شيء وفيما كان معه كما هو كذلك، أو أحرى لأنه لا يجوز اجتماعها مع البيع، ولو قيل: إن ذلك في الخارج لا في الداخل في المغارسة قياسا على الشركة، لكان عجزه وعجز وارثه كافيا لأنهما لا يستحقان شيئا إلا بتمام العمل كما في ابن سلمون وغيره. وأيضا قال في الأشجار على اختلاف أصنافها، وقد قال ابن سلمون : وإن كانت المغارسة في أنواع من الثمر فلا تجوز إلا أن يكون أمد إطعامها واحدا أو متقاربا، وإن كان بينهما بُعْد فالمغارسة فاسدة. (هـ). ونحوه في وثائق الجزيري، وفي شرح مؤلف المغارسة، وزاد عن البرزلي: إن ظاهر قول ابن حبيب خلاف هذا. (هـ) وكأنه والله أعلم مُقابل فلا تخلو هذه المغارسة عن فساد كما به صدرنا وبه ختمنا، وما بينهما من العجز علاوة، والله الموفق. (هـ). ومراده بقوله فيما كان دون شيء.الخ... أن إعطاء الأرض التي فيها الأشجار بالمغارسة لا تجوز، سواء كان بدون شيء يأخذه رب الأرض من العامل في مقابلة تلك الأشجار، أو مع أخذ شيء منه في مقابلتها، لأنه مع أخذ شيء في مقابلتها يكون من اجتماع البيع مع المغارسة في عقد واحد وهو ممنوع، لكن قال شارح المغارسة : ذكر غير واحد، ونسبوه للمدونة، أن البيع إنما

يمتنع جمعه مع الشركة إذا كان خارجا عما يتعلق بها كما لو شاركه على أن يبيع له دارا أو ثوبا. وأما ما كان داخلا فيها كما إذا اشترى أحدهما نصف البقر للحرث أو نحو ذلك من الآخر فليس بممنوع، فينبغي أن تكون المغارسة كذلك في هذا التفصيل المذكور والله تعالى أعلم. (هـ).

وأجاب الشيخ التّاودي عما يُفهم من جوابه، ونصه : وبعد، فالذي أستحسنه وتميل إليه النفس في المغارسة الفاسدة، إذا كان الغارس قد جعل له فيها جزء من الأرض وهو ما اقتصر عليه صاحب المعين وصاحب المفيد أن تفسخ قبل العمل وتمضي بعده بذلك الجزء في الجميع ويترادّان القيمة والأجرة. قال في المعين :

مسألة : إذا وقعت المغارسة على شباب معلوم على أن يقوم العامل بنصف الأرض ما عاش، أو لم يوقّتا أجلا أو إلى شباب أو عدد أعوام يكون الإثمار قبله، فذلك كله فاسد ويفسخ قبل العمل، فإن فات وقد عامله على النصف كان ذلك بينهما نصفين، ويكون على العامل قيمة نصف الأرض يوم قبضها خالية، وله على رب الأرض قيمة عمله وغراسته في النصف الذي صار إليه، وأجرته فيه من يومئذ إلى يوم الحكم وإن اغتلا مضى ذلك بينهما. (هـ). وقال في المفيد : فإن حدّا شبابا يكون بعد الإطعام أو مدّة تكون فوق الإطعام لم تجُز المغارسة وفسخت قبل العمل، ثم قال : فإن فات هذا الذي يقع فيه الفساد كما ذكرنا بالعمل أو إطعام، قسمت الأرض والغرس بينهما على الأجزاء التي تعاملا عليها، يكون على الغارس قيمة نصف الأرض يوم نزل فيها، ويكون له على رب الأرض قيمة الغرس الذي يصير لرب الأرض في نصيبه قائما على ما يقدره أهل البصر. (هـ) المراد منه والله أعلم. (هـ).

وخالفه الشيخ الرهوني فقال: هذا الذي اقتصر عليه الشيخ التّاودي في المغارسة الفاسدة إذا فاتت بالعمل، من أن الأرض والغرس بينهما على ما دخلا عليه ويترادّانه هو أحد قولين مرجحين من أقوال ثلاثة ذكرها ابن يونس وابن رشد في مقدماته وبيانه، إلا أن ابن رشد نوع الثالث إلى ثلاثة أقوال، فآلت الأقوال عنده إلى خمسة، والقول الآخر المرجح أيضا أن الشجر والأرض لربها وله جميع الغلة

وللعامل أجرة المثل، على هذين القولين اقتصر صاحب التبيين والتسيير في ذكر ما أغفله الشيخ خليل من أحكام المغارسة والتوليج والتصيير، مشيرا إلى الطريقتين بتردُّد، إلى أن قال بعد كلام : والطريقة الثانية المعزوة لابن رشد وغيره أرجح لوجوه (أي أربعة) فذكرها، ثم قال بعد كلام طويل ما نصه : وقد كانت وقعت هذه المسألة أول ماشرعت في الفتوى فأفتيت بهذا القول الذي قلنا إنه أرجح، ووافقني على ذلك جماعة وخالفني جماعة، فأفتوا بما عُزي للمتيطي فحكم القاضي بما أفتيت به مع من وافقني، فلم يُذعن العامل لذلك، إذ كان بعض من أفتى له ممن يرجع إليه في الفتوى بمدينة فاس، وكان التّاودي إذ ذاك عند السلطان بمراكش، فلما قدم وجهت إليه سؤالا فأجابني بقوله : إن الذي عندي في المسألة هو ما اقتصر عليه صاحب المفيد وصاحب المعين، ثم قدم علينا لدارنا بِرهونة متوجها لزيارة الشيخ ابن مشيش، فجاءه المحكوم له ليوافق له على صحة الحكم فلم يفعل إذ ذاك، ثم جاء المحكوم عليه أيضا بعد توجهنا جميعا فتكلم معه في ذلك، فقال لي طيَّب الله ثراه : ما مستندك في فتواك ؟ فذكرت له بعض ما تقدم، ومن جملته فتيا ابن عتاب، وتسليمَ صاحب المعيار إياها مقتصرا عليها مع تقدم الشيوخ غالبا ما لابن رشد، فسكت وتوجَّه معنا الخصمان إلى أن وصلنا للزاوية المباركة دار العلم والصلاح زاوية تازروت العلمية مأوى السادات الأجلاء الشرفاء الفضلاء أولاد ابن ريسون، ثم أمر بإحضار المعيار وغيره مما تيسَّر من الكُتب، فلما وقف على ذلك رجع بإنصافه رضي الله عنه، وكتب بخط يده المباركة بصحة الحكم وإمضائه، فانقطع إذ ذاك نزاع العامل ولم يبق له طمع، والله أعلم.

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عن إحياء الحريم القريب من العمران الذي في إحيائه ضرر على أهل المنزل.

فأجاب بأنه لا يجوز إحياؤه بحال عند ابن رشد، قال : والذي لا ضرر فيه على أحد فلا يجوز إحياؤه إلا بإذن الإمام على المشهور، والبعيد من العمران يجوز إحياؤه مطلقا، فالأقسام عنده ثلاثة، وقد نقل كلامه الحطاب وغيره، قال الأبي وفسر ابن رشد البعيد من العمران بقوله: هو ما لم ينته إليه سرح ماشية

العمران واحتطاب الحطابين ورجوعهم لمبيتهم.الخ... ونظر أبو علي في قول ابن رشد : والقريب الذي لا ضرر فيه على أحد، فإن غيره لم يقل لا ضرر في هذا القسم وهو المتوسط، وقال بعد طول كلام ما نصه : وبه تعلم أن قول ابن شاس : المرعى والمحتطب لا يحيى.الخ... معناه أن ذلك بغير إذن الإمام، وكذا يفهم من كلام غيره، وكلام ابن سلمون لا تغتر به (هـ).

وسئل أيضا عمن اتخذ قرارا بتنكروا وهو موضع من محتطب تطوان ورحل عنه واندرست عمارته وحازه غيره، هل يكون للثاني أو لا ؟

فأجاب : إن حوزه (أي الثاني) صحيح حيث كانت العمارة الأولى اندرست ولم تكن عمارته بشراء وإلا كانت له اتفاقا كما للباجي، وعليه أبو المودَّة خليل، وفي إحياء القريب من العمران خلاف، والمشهور كما لابن رشد، وعليه خليل أيضا أنه لا بد من إذن الإمام. وقال أصبغ : لا يلزم، اليزناسني : وبه العمل في وقتنا. (هـ).

وسئل أيضا عن رجلين اشتركا في إحياء أرض ميتة فأحييا بعضها وبقي الباقي إلى أن فاتت تلك السنة، فأحيا أحدهما الباقي منها متصلا بما ذكر وأراد الاختصاص به.

فأجاب : إنه يختص بما أحيا دون صاحبه على ما أفتى به سيدي عبد القادر الفاسي من أن المحيي إنما يملك ما فوقها من الهواء إلى أعلى ما يمكن، ولا يملك ما يحاديها ويجاورها من البقاع إلى قنَّة الجبل. (هـ).

وسئل أيضا عن أرض الفحص التي من أراد أن يعتمرها اعتمرها، فإذا رحل عنها ورفض سكناها بقيت مملوكة.

فأجاب بما في التوضيح عن البيان : إن العمارة تارة تكون ناشئة عن إحياء وتارة عن مِلْك، ويحصل الاختصاص بها إذا لم تندرس، فإن اندرست فإن كانت عن ملك كإرث أو هبة أو شراء فالاختصاص باق اتفاقا، وإن كانت عن إحياء

فهل الاختصاص باق أو لا ؟ قولان، وعلى الثاني درج في المختصر ولكنه مقيد بما إذا طال الأمد كما في التوضيح عن ابن رشد، قاله شيخنا بناني، ولأبي علي كلام في القيد المذكور فانظره. (هـ).

وسئل بعض المتأخرين عن شجرة التين ما حريمها ؟

فأجاب بأن حريمها ما يقوله أهل المعرفة، كما أفصح بذلك الإمام الحفّار في جواب له نقله ابن طرطاك وغيره، ونصه : من له شجرة نابتة في ملك الغير فإنه يملك موضع الشجرة وحريمها وهو مقدار من الأرض يدور بالشجرة ويسقي الشجرة إذا انجاب إليها الماء في الحريم المذكور، وهذا الحريم يختلف باختلاف الشجر ويُرجع في ذلك إلى ما يقوله أهل المعرفة من أهل الفلاحة، فهم يعينون للشجرة حريما يملكه رب الشجرة، فإن هلكت الشجرة جعل مكانها عوضا منها، وإن مالت واحتاجت للتدعيم وأمكن جعل الدعامة في ملكه حريم الشجرة فعل ذاك، وليس لرب الارض أن يمنعه، لأنه جعل الدعامة في ملكه وهو حريم شجرته، فإن مالت الشجرة حتى خرجت عن حريمها، وكان لا يتأتّى جعل الدعامة بحيث لا ينتفع بها إلا في ملك الغير، فحينئذ له المنع إلا أن يرضيه في ملكه، وأما ما ذكرتم في السؤال من أن يدار حبل على أصل الشجرة فلا أدركه من كلام الفقهاء ولكنه يدور على الألسنة وهو مشكل، لأن أصل الشجرة يزيد غلظه بطول السنين فكان الحريم على هذا يختلف، فالمعتمد على هذا ما قاله الفقهاء من أنه يرجع في ذلك إلى ما يقوله أهل المعرفة. (هـ) بلفظه، والله الموفق. (هـ).

ونزل سؤال عمن اشترى داراً في قرية بمنافعها ومرافقها وحرمها كافة، فأراد الدخول بذلك في حريم القرية.

فأجاب عنه الحائك المذكور بأنه لا دخول له في حريم البلد، بل يقتصر على حريم ما اشترى من دار أو غيرها ولا يتماطى به لحريم غيره كما أفاده ابن هلال في دره، وأفصح به ابن سلمون في فصل الإرفاق، ونصه في الشعراء المتصلة بالعمران : وأبوار القرى ومسارحها بين أهل القرية، على أصل سهام القرية لا على

عدد أهلها، ومن لم يملك في الأرض إلا أحقالا بأعيانها فلا حق له فيها. (هـ). وقال ابن رشد : حكم عامر القرية أن يصدق فيه أهلها أنها لهم على أصل سهامهم فيها، فإذا عمر منه شيئا من لا حق له فيها من غير أهلها أو ممن ليس له فيها إلا مسكن أو حقل بعينه بحضرة أهل القرية فحكمه حكم من حيز عليه ماله. الخ... أنظر تمامه في الدُّر النثير في مسائل الدعوى والحيازات، فأنت ترى كيف قرنه مع من لا حق له فيها، المقتضي أنه لا دخول له مع أهلها. وفي شرح أبي علي قال الباجي : الأبوار على ثلاثة أضرب : ضرب يحيط بالعمارة، وضرب تحيط العمارة به، وضرب بين قريتين. فالمحيط بالعمارة، قال أصبغ وأشهب وابن وهب : لايقسم بينهم وإن اتفقوا.

وفي كتاب ابن سحنون عن ابن القاسم أن الشعراء التي تقرب من القرى تلحقها الماشية غدوا ورواحا وهي لهم مرعى ومحتطب، فلا يكُونُ لمن أحياها ولأهل تلك القرى قسمها بينهم. وأنكر سحنون هذا وقال : المعروف لمالك وابن القاسم غير هذا، وذلك أن الناس لم يختلفوا فيما بعد من العمران أن يحيى بقطيعة من الإمام واختلفوا فيما قرب، فقال كثير من أصحابنا وغيرهم أن للرجل أن يحييه دون الإمام، وقال آخرون :لا يحييه إلا بقطيعة الإمام، فهذا خارج عن هذين القولين. ووجْهُ المنع من القسمة ما تقدم ، ووجه لإباحة ذلك أنهم مختصون باستحقاقها ومعظم منافعها، وإنما لغيرهم في ذلك ما فضل عنهم على وجه الضرورة إليه، وأما ما أحاطت به العمارة ففي قسمته وعدمها وإن اتفقوا قولان : الأول لأصبغ وداود بن سعيد والأخوين، والثاني لأشهب وابن وهب.ووجه عدم القسم أن البور والمتسع ليس بمال لهم،وفيه حق لجميع المسلمين من المارة وغيرهم في مناخ إبلهم ومرعى دوابهم، وقال ﷺ : لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكـلأ، ووجه القسم أنه لهم كالأفنية، ولذلك لا يقطع فيها الإمام، فهي لمنافع أهل القرى من المحتطب والمرعى. وأما ما كان بين القرى فقد روى في العتبية أصبغ عن ابن القاسم في قرى قد أحاطت بفحص أكثره بور ترعى فيه غنمهم ويحتطبون فيه ليس لهم قسمه ويبقى لهم وللمارة. وروى عنه ابن سحنون أنهم إن أرادوا قسمته

قسم بينهم، وكلا القولين مبني على ما تقدم.الخ... وإذا قلنا يُقسم بينهم فإنما يُقسم على عدد القرى، وتعطى كل قرية ما يليها، يسوَّى بين الصغيرة والكبيرة بالسواء، الكريم بقيمته واللئيم بقيمته، ورواه ابن سحنون وابن حبيب عن ابن الماجشون، وهذا إذا كانت القرى متصلة بالشعراء وبالأبوار، فإن حال بينهما جبل أو صخرة أو نهر عظيم فإن ذلك يمنع أن يكون لهم حظ إلا أن تقوم لهم بيِّنة بالملك، ورواه ابن سحنون وابن حبيب عن ابن القاسم، وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون : يدخل مع أهل القرية التي حال بينهما نهر أو جبل أو حرَّة لا تحرث، واختاره ابن حبيب. قال سحنون : فلو قال ابن الماجشون : إن السلطان يقطعهم إياه لئلا يضربهم من يحييه من غيرهم لكان أتم.الخ...

قلت (أي الحائك المذكور): وبعد أن قيدنا ما ذكر، وقفت على جواب للشيخ المحقق سيدي أحمد بن عبد العزيز السجلماسي أفاض الله علينا من بركاته، ونصه : الحمد لله، لا فرق بين القرية والدار المحفوفتين بالموات في أن حريمها ما يلحق للانتفاع به بنحو الحطب والرعي، ويرجع منه في اليوم الواحد، وما قرب من ذلك، سواء كان لأهل المنزل مال أم لا، وأما الحريم الذي ذكره خليل: ومتبوعاه للدار المحفوفة بموات من مطرح تراب ومصب ميزاب، فهو حريم خاص لا ينافي ذلك أن يكون لها حريم آخر عام أوسعُ من هذا. وبيانه أن الموات كما قسمه ابن رشد، وصوبه ابن عرفة، ثلاثة أقسام : بعيد، وهو ما لا يلحق ويرجع منه في اليوم الواحد، وقريب ليس قريبا جدّاً وهو ما كان دون البعيد المذكور وخرج عن نحو الأفنية، وقريب جدا وهو الأفنية وشبهها من الرحاب القريبة للدُّور، فالقسم الأول يجوز فيه الإحياء للمسلم والذمي، ولا يحتاج لإذن الإمام، والقسم الثاني يجوز فيه الإحياء للمسلم فقط على المشهور بشرط إذن الإمام على المشهور أيضا. والقسم الثالث لا كلام فيه للإمام ولا يجوز الإحياء فيه وإن أذن، وهو خاص بأهل المنزل ينتفعون به، وهل لهم قسمه قولان، في وثائق ابن سلمون . واسم الحريم يطلق على القريب بقسميه، فأراد خليل ومن معه بيان الحريم الخاص وهو الذي لا تصرف فيه للإمام، وإنما هو لأهل المنزل خاصة كما حمل عليه ابن عرفة كلام ابن الحاجب

والله أعلم. وكلام ابن سلمون في القسم الثالث حسبما اقتضاه سياقه، وأما الثاني فليس لهم إحياؤه ولا قسمه إلا بإذن الإمام، ومعنى كون الثالث بين أهل القرية على سهام القرية أنهم إن تشاحوا في الانتفاع به أو أرادوا قسمه، فلكل واحد من الحريم بنسبة نصيبه في القرية، فمن له ربع القرية له ربع الحريم وهكذا والأحقال وهي الفدادين خارجة عن مسمى القرية، فمن له حقل أو أحقال في المزرعة وليس له في القرية نصيب ليس له في أفنية القرية وشبهها نصيب، ومن بنى دارا في فدانه فإن كانت محفوفة بأملاك فلا تختص بحريم كما في المختصر وغيره، ولصاحبها الانتفاع بنحو الاحتطاب في الحريم العام، وإن حفت بأموات فإنها تختص بما حولها، ولا شيء لصاحبها في أفنية القرية كما مرّ والله أعلم.

ومن ملك دارا في القرية بأي وجه فقد ملك منافعها ومرافقها من طرق وأفنية وغيرهما، وإن لم ينص عليه في العقد لحكم العرف بذلك وهو العمدة في باب التناول والله أعلم. وتحصل أنه إن عَنَى بالحريم المبيع القسمَ الثالث، وهو القريب جدا للدار الخاص بأهلها، فبيعه وحده أو مع الدُّور مقصود بالذات، صحيح إن علم، فاسد إن جهل، لوضوح مانعية الجهل لمطلق المعاوضات إلا ما استثني، وليس هذا منه، وإن أريد. القسم الثاني وهو ما لا يحيى إلا بإذن الإمام فبيعُه غير سائغ وإن بحكم، إذ البائع لا يملكه إلا بإقطاع أو إحياء عن إذن الإمام، وأما قبل ذلك فإنما يملك الانتفاع فيه بنحو الاحتطاب من غير تحديد بقدر معين، بل كل من في القرية ينتفع به بقدر حاجته والله أعلم. (هـ). ولكن قال الشيخ الرهوني بعد كلام طويل ما نصه : ما ذكرناه من التَّسوية بين من اشترى داراً ومن اشترى حقلا هو الصواب، لنص ابن القاسم في الرسم الذي قدمناه على ذلك، وسلمه أبو الوليد ابن رشد، ولم يحك فيه خلافاً، ونحوه في رسم أول عبد ابتاعه فهو حر من سماع يحيى من كتاب السداد والأنهار، فذكر نصه، ثم قال : وهو صريح فيما قلناه، وبه يعلم ما فيما نقله شيخنا الجنوي وأقره، فقد وجدت بخطه طيب الله ثراه ورضي عنه وأرضاه ما نصه : قال بعض المتأخرين : من ملك دارا في القرية بشراء أو غيره فقد ملك منافعها من طرق وأفنية وغيرهما وإن لم

ينص عليه في العقد لحكم العرف بذلك،وهو العمدة في باب التناول، وأما الأحقال وهي الفدادين فخارجة عن مسمى القرية فليس لصاحبها نصيب في أفنية القرية وشبهها كما لا يكون للسلطان فيه تصرف ويختص به أهل القرية.

وقد أرسلت سؤالا لسجلماسة للفقيه العلامة سيدي أحمد بن عبد العزيز الهلالي قبل هذا الوقت على شأن هذه المسألة، لأن الناس يتوهمون من كلام ابن سلمون أن من اشترى دارا من قرية لا يكون له من حريم القرية نصيب. فأجابني بما ذكر ، وأن ذلك بالنسبة لمن اشترى الفدادين لا الديار، وأن من اشترى فدانا فبنى فيه دارا لا يستحق في الحريم القريب جدا نصيبا، وأما الاحتطاب والرعي في المسارح فله ذلك،والله أعلم. (هـ) من خطه. وقد علمت مما تقدم أن ما يتوهمه الناس من كلام ابن سلمون من التسوية بين من اشترى دارا أو وهبت له مثلا وبين من اشترى الأحقال هو المصرح به في كلام ابن القاسم، وقد سلمه ابن رشد ولم يحك فيه خلافا ولم يفصل بين الغامر القريب جدّاً والقريب لا جدّاً بالنسبة لهذا، وإنما فصل فيه باعتبار ثبوت الخلاف في قسمه ونفيه، نعم ما للدار من الساحة المتصلة بها وما لها من الطرق التي كان يتوصل منها بائعها للمسجد والسوق والرعي والاحتطاب والسَّقي، ظاهرٌ دخوله وتبعيته للدار، إذ لا غنى للمشتري عن ذلك فهو مدخول عليه قطعا،ولكن الحقل مساو لها أيضا فيما يمكن كالطرق التي كان يتوصل منها بائعه إلى حرثه وما يتبعه من تنقية ونحوها،فتأمله بإنصاف. (هـ).

وسئل الشيخ التاودي عن الحكم في الأرض الشعراء، يريد الرجل المحظِّر عليها الاختصاص بها بمجرد وضع اليد والتحويط، وينازعه غيره ويريد مشاركته فيها، فهل مجرد التحويط كاف يوجب له الاختصاص ولا كلام لهذا المنازع أو لا ؟

فأجاب : وأما الأرض الشعراء وما في معناها يحظرها الرجل، ففي المتن : لا بتحويط، وفي النص : لم يعرف مالك التحويط إحياء،لكن هو بمنزلة وضع اليد،

والاشتغال بالإحياء فليس لأحد أن ينازعه فيها إلا أن يطول تركه لها. قال في البيان : كالسنتين والثلاث،أو يحوط ما يعلم أنه لا يقدر على إحيائه،فللإمام أن يأذن للغير في الإحياء معه،والله تعالى أعلم. (هـ).

نــوازلُ المِيَـــاهِ

سئل الشيخ الرهوني عن ماء خرج من مدشر من عيون به وانشق بجريها نهر غزير، والنهر يمر بجوار قوم تحتهم يحرثون عليه، وغرس بعضهم عليه غروسا وأطعمت وأنشأ عليها رحى أو أكثر، وطال زمن انتفاعهم بذلك الماء حتى مات من مات وورث عنه ورثته ذلك بمرأى ومسمع من أهل مدشر العيون وسكوتهم المدة المذكورة، فعمد بعضهم إلى ما قدر عليه من النهر المذكور، وأخذه وحوله إلى جهة أخرى، فقلَّ الماء وتضرر بذلك أهل الغروس والأرحي، وثبت أنه لا حاجة له دعته إلى رفعه ومنعه إلا قصد الضرر بمن ذكر لا لثمن ولا لمنفعة، فتشكى من ذلك ورُفع الأمر إلى الله ثم إليكم لتفتحوا له بابا يكون سبب إحياء تلك الغروس ولكم أجرها، هل لهم في ذلك كلام مع المانع، سيما وقد تبيَّن قصده بالمنع، ويصح احتجاجهم عليه بقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، أم ليس لهم مقال في ذلك حيث كان نبع الماء في مدشرهم فهو في قبضتهم بالملك يمسكون ما أحبُّوا ويرسلون ما أحبُّوا، وفي وقت أحبوا، وهل يتنزل علمهم وسكوتهم عن الغرس والانتفاع المدَّة المذكورة منزلة الإذن الصريح فيه أم لا ؟ ففي نوازل ابن هلال ما نصه : وفي أول رسم من سماع عيسى فيمن له ماء وفيه فضل يجري على قوم تحته في أرضهم، فغرس من تحتَه عليه، ثم بدا له أن يحفر له بِركاً ليحبسه فيها عنهم، ليس ذلك له. ابن رشد، هذا كما قال، لقوله ﷺ : لا ضرر ولا ضِرار، ومن الضرر البيِّن منعُه ما لا حاجة له فيه فيصرفه فيما لا منفعة له فيه. (هـ). وفي المنتخب ما نصه : وفي كتاب ابن حبيب قال : سألت مطرفا وابن الماجشون عن عين في قرية قوم غزيرة الماء تجري بنهر من الأنهار ومخرجها في أول أرضهم فينشئون عليها أرحى وجنَّات ويسيل الماء في مجراه إلى من تحتهم من القرى يغرسون عليه الشجر وينشئون عليه الأرحى، فكانوا على ذلك زمنا طويلا ثم قلَّ الماء وانتقص عن الأسفلين حتى جف شجرهم وتَشاحّ عليه الأعْلَوْن، فقال لي : أما الأعْلَوْن فيسقون به على ما يحوزون ويملكون من أصل الماء، وأما الأسفلون الذين يأتيهم

فضل الماء فإنه يسقي الأعلى فالأعلى حتى ينتهي الماء حيث انتهى. قال : وسألت عن ذلك أصبغ بن الفرج فقال لي مثله. (هـ). وفي الحطاب قال في المدونة في حريم الآبار : ولو حرث جار لك على غير أصل ماء فلك منعه أن يسقي بفضل ماء بئرك التي في أرضك إلا بثمن إن شئت. أبو الحسن : قالوا: هذا إذا كان له ثمن، ابن يونس : أما إذا كان لا ثمن له ولا ينتفع صاحبه بفضله فما الذي يمنع الجار أن يبتدىء الزرع عليه، وذكره أبو إسحاق. (هـ). وقال ابن رشد في شرح آخر مسألة من نوازل عيسى من كتاب السداد والأنهار : من حق من قرب من المياه أن ينتفع بما فضل منها دون ثمن إن لم يجد له صاحبه ثمنا باتفاق، وإن وجد فعلى اختلاف. (هـ). فانظر نص ابن يونس وابن رشد فيه، وقد ذكر في المفيد راويتي أصبغ عن ابن القاسم في نظر صاحب الماء غرس جاره على فضل مائه وسكوته، هل يتنزل منزلة الإذن الصريح أم لا ؟ قال في الأولى : إنه مذهب ابن كنانة وحكاه ابن عبدوس، وعليها يتنزل ما في كتاب المياه لابن عبد الغفور صاحب كتاب الاستغناء في أدب كتاب القضاة، ونصه فيه، وحكى محمد بن سحنون عن ابن كنانة فيمن أعار رجلا فضل مائه فغرس عليه غرسا حتى حيِيَ ثم أراد قطعه عنه لم يكن له ذلك أبدا إلا أن يقلَّ ماؤه أو يحدث غرسا لا يستغنى عنه، فأما ليعطيه غيره أو يضاره فلا، قال سحنون: وهو خلاف القاعة يعيرها الرجل للبنيان، ذلك ليس له أن يخرجه حتى يسكن من الزمان ما يعلم أنه أعاره إليه. (هـ)، كما يتنزل عليه ما في سماع محمد بن خالد الذي ساقه القلشاني وابن هلال وغيرهما، وقول أبي زيد عليه إذ قال : قوله بعطية يريد العارية لا التمليك، والعارية في هذا على التأبيد إلا أن يحتاج إليه، لأن هؤلاء أنفقوا وغرسوا وهو يعلم ولا ماء لهم غيره، فهذا كله تسليم والله أعلم. قاله ابن أبي زيد، وقال أعرف نحوه لسحنون. (هـ) المراد منه. وكيف إذا أراد بعض أهل المدشر فقط منع الماء، والباقون على كثرتهم تسريحه أو سكتوا عن حقهم فيه، فهل من حجة أرباب الغرس إلجاؤه لإثبات حظه في الماء وتعيين قدره، وحينئذ تتجه له الدّعوى فيه، أما قبل ذلك ففي تبصرة ابن فرحون وغيرها في التكلم على شروط الدعوى ما هو

صريح في إلجائه لذلك، ونص المختصر فيه كاف، أجيبوا موضحين للجواب، كاشفين النقاب عن وجه الصواب، ولكم الأجر من العزيز الوهاب، وإتياننا بنصوص من ذكر في النازلة لنستدعي ما عندكم في فهم كلامهم وموضوعه وما يترجح لكم فيها، فالمسألة متشعبة الفروع والأقسام، وعلى فهمكم فيها المعوَّل والسلام.

فأجاب رحمه الله : الحمد لله، ليس للبعض المذكور منع الماء المذكور عن المنتفعين به على الوجه المذكور لأمرين :

أحدهما أن الماء النابع من العيون التي في المداشر ليس حكمه حكم الماء المملوك حقيقة وإنما لأهل المداشر منه ما يحتاجونه، وما فضل عنهم حكمه حكم الماء المباح، بهذا أفتى الإمام أبو الضياء سيدي مصباح، وسلمه الإمام الحافظ أبو العباس الونشريسي كما في نوازل المعاوضات من المعيار، ووجهه ظاهر لمن تأمله، ووقف على العيون التي في المداشر ورأى محل نبع الماء.

ثانيهما ما ذكرتموه صدر السؤال أنه تحقق وتبيَّن أنه لا حاجة له فيه إلا قصد الضرر، وفي هذا الوجه لو كان ملكه حقيقيا لم يكن له حبسه عمن ينتفع به، فكيف والأمر على ما قدمناه حسبما أفتى به أبو الوليد ابن رشد في أجوبته. ففي نوازل الشريف أثناء جواب لبعض المتأخرين عن مسألة ما نصه : وحيث انتفى الضرر فلا وجه للمنع بمجرد التَّحاسُد، إذ وقعت الفتوى من ابن رشد فيمن له حق في ماء، وترك أرضه في بعض السنين بلا حرث، وأراد تحويل دولته لجهة أخرى، فأجاب رضي الله عنه بأن له أخذه إن كانت له منفعة في أخذه، وأما إن كان يحفر له حفرة يحبسه فيها ولا يتركه لغيره فليس له ذلك. (هـ) باختصار. وإذا كان لا يعتبر حسد المالك المتصرف في ملكه ويمنع من قطع المنفعة عن غيره حيث لا منفعة له، فكيف يعتبر حسده للشريك الذي يملك التصرف في المجرى القديمة على وجه التملك. (هـ) محل الحاجة منها. ثم قال الشريف ما نصه : وأجاب عقبه شيخنا قاضي الجماعة أبو عبد الله سيدي محمد المجّاصي : الجواب أعلاه صحيح. (هـ) من نوازل المياه، والعلم كله لله. (هـ).

وسئل المحقق أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عن ساقية في أرض الغير أراد السّاقي حفر الساقية وتوسيعها.

فأجاب بأنه ليس لصاحب الساقية في أرض غيره زيادة حفر، إنما له جواز الماء خاصة كما في المعيار عن الفاسي، نعم له كنس نهره كما في المدونة، ونصها: وحملت في طرح كناستها على سنة البلد، ونصها في التاج أيضا، ومن خط مظنون صدقه أفتى ابن خجُّو فيمن كان له حق في منزل ولأهل المنزل ماء، ثم اشترى ساقية من آخر لا حق له في المنزل، وأراد المشتري أن يجري ما اشتراه أي أراد أن يزيد ما اشتراه من الساقية على ماء المنزل في منزله فلا يمنع من ذلك حيث لا ضرر. (هـ). ونحوه في نوازل الشريف الشفشاوني عن جواب للفقيه سيدي محمد بن قريش وتصحيح قاضي الجماعة المجّاصي له، لكن انظر نوازل الضرر من الدُّر النثير فيما يوافق ذلك أو يباينه، وانظر جواب العبدوسي في المعيار بعد الكلام على وجه الحكم بين أهل البساتين وأرباب الديار في واد مصمودة في سؤال ورد عليه من تازة. (هـ).

وسئل أيضا عن واد ترك مجراه دون سبب ودخل في أملاك رجل وخرج منها إلى أملاك فأفسدها كما أفسد كل ما دخل فيه، فأراد من خرج إليه أن يلزم الرجل الذي كان في أملاكه أولا أن يردَّ الوادي إلى مجراه ولا يتركه يمر في أملاك غيره وذلك محتاج إلى مال وعمل كثير.

فأجاب : إن الواديَ إذا ترك مجراه دون سبب ولا عمل فلا يجب على أحد أن يردَّه إلى مجراه جبرا، لأن الصحيح أن انفتاق العيون وجرّيَ الأنهار إنما هو بقدرة العزيز الجبار، كما في أجوبة الفاسي عن غيره، وتنقلها بلا سبب ولا عمل من وادي فتقها كما أفاده ابن هلال في دره والجزولي في وثائقه والجزيري فيها، والمواق في تاجه في موضعين وابن مرزوق، ونقله عنه في التبيين، أفاده حين كلامه على ما يميل عنه الوادي، وعليه يدل ما في الوانوغي والمعيار في كلامهم على الخليج. وفي المواق أيضا أن السيل إذا نقل تراب قوم لأرض آخرين لا يلزمهم نقله قائلا، ونقله

المتيطي : فمن حمل هذا الرجل أن يردَّ الماء إلى مجراه الأول وهو لا سبب ولا عمل له في ذلك، فقد أتى بعظيم لا يدل عليه العقل ولا النقل، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عما كان حكم به بعض القضاة في البادية من أن ما انجلى عنه الوادي حكمه حكم الموات لا أنه لمن يليه.

فأجاب : إن الذي أفتى به ابن الحاج في نوازله أنَه للذين يلونه ولا يكون مواتا، بهذا هو الفتيا ،خلافا للمازري عن سحنون، قاله ابن حمدين، وبمثل ما أجاب به قاضي الجماعة أقول كما في المواق في الشركة، ونقل بعضه في الإحياء. وفي نوازل ابن هلال أنه لمن جاوره وهو قول عيسى بن دينار، وحكاه ابن حبيب عن ابن الماجشون، وبه أفتى ابن حمدين وابن الحاج، ولمطرف وأصبغ وسحنون خلاف ذلك، قال ابن حمدين : ولم يزَل القضاء والفتوى على خلاف قولهم. (هـ). وفي وثائق الجزولي عن ابن سحنون عن أبيه عن ابن القاسم أنه لمن جاوره، وقيل حكمه للسلطان، وقيل لمن يسبق إليه، وفي وثائق الجزيري أنه لو انحرف النهر عن مجراه وجرى في أرض رجل ثم عاد إلى موضعه أو يبس لعادت أرضه إلى ملك ربها، وما أحِسبهم اختلفوا إلا في موضع النهر القديم الجرية، أي في انحصاره عَنْ جهته، والله أعلم. (هـ). وفي التبيين عن ابن مرزوق ما نص جوابه أنه إنْ كان في موات الأرض فهو لمن سبق إليه، وإن كان قبل جريان الماء مملوكا لأحد فهو له، وإلا فالنظر فيه للإمام أو نائبه. (هـ). وبذلك كله يعلم أن ما حكم به القاضي غير صواب ،لأنه خلاف الراجح، وإن وَّافق قول قائل، سِيَما وقد قيل: إن هذا القاضي، هذه طويته، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عن ساقية مارَّة في أرض غير مالكها.

فأجاب غيره بما في ابن سلمون، وأجاب هو عقبه بما نصه : الجواب أعلاه صحيح، وما نقل عن ابن سلمون هو كذلك، والمختصر تكلم على المسألة في القسمة، ونص ما نقل عليه في التاج عن المدونة، قال ابن القاسم : وإذا كان لك نهر ممرُّه بأرض قوم فليس لك منعهم أن يغرسوا بحافتيْه شجرا، فإذا كنست نهرك

حملت على سنَّة البلد في طرح الكناسة، فإن كان الطرح بضفَّته لم تطرح على أشجارهم إن أصبت ما دونها من ضفتيْه متسعا،فإن لم يكن فبين الشجر، فإن ضاق عن ذلك طرحت فوق شجرهم إن كانت سُنَّة بلدهم طرح طين النهر على حافتيه. (هـ). ونحوه في المعيار عن جواب القابسي وغيره،والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عن ماء نبع بعين في دار يدخل منها إلى مسجد ينتفع به من وضوء وغيره،ومنه إلى سقي أملاك كثيرة، بهذه الحالة عرف وبها وصف مدَّة تزيد على مائة سنة لا يعلم غيرها، عليها اشترى من اشترى هذه الأملاك ورثها من ورثها،وباعها من باعها، أراد ناظر المسجد أن يجري هذا الماء لغير أرباب الأملاك يذهب به إلى جهة أخرى، فحاجه أرباب الأملاك بأن الماء ماؤنا وملكنا.

فأجاب: إن القول قول أرباب الأملاك،عملا بقول الجلالي وغيره،وأصله لأرباب القواعد، إن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يدل دليل على خلافه عند جهل الحال وتقادم الأعصار وهلاك البيِّنات القديمة حتى لا يدرى السّابق من اللّاحق ولا المالك من غيره، والحيازة التي لا تنفع هي المجردة عن دعوى الملك لا التي معها الاستشهاد إلى دعواه بكشراء أو صدقة أو هبة أو ميراث فإنها نافعة عند ابن رشد ومن تبعه، وعليه فيكون القول قول الحائز، لأن العادة والعرف يشهدان أنه لا ينتفع أحد بملك غيره طول السنين إلا بشبهة له،ولا يقال:الحبُسُ وبيت المال لا يحاز عليهما،لأنا نقول:ذلك فيما عرف أصله له، وسلم الحائز أنه ليس له إلا الانتفاع فإنه لا ينفعه بمجرده وإن طالت السنون كما هو مذكور في جواب الجلالي الحفيل المنقول في نوازل الشريف. وفي الحطاب وغيره ما يفيده، وعليه يحمل ما في شرح القاضي العميري لعمل فاس عن المعيار من أنه لا حق للمنتفعين به، يريده والله أعلم، حيث لم يدعوا ملكا بشراء أو غيره،وأخْذُه على إطلاقه غفلة أو تغافل لوضوح تقييده بما ذكر، وإن كان موضوعه عند الجلالي في غير الحبس لأنها قضية عين لا تخصص. على أن هذا الماء المتنازع فيه ليس نابعا في الحبُس ولا أنه ثابت أنه أخذه من أصله ولا أن انتفاع الحبس كان قبل غيره، وإنما وجد على نحو ما ذكر. وقد قال القوري في جواب له إن حيازة الماء

دون حيازة أصله لا عبرة بها كما في تقييد لسيدي عبد القادر الفاسي في واد مصمودة ووسلين، ونحوه لغيره. وأيضا هذه العصارات والغسالات الخارجة من المدن لا يقيم لها أهلها وزنا غالبا، وإنما يتركونها لمن أخذها دون شيء أو به على نحو ما جرت به عادتهم السابقة، فمن أراد غيره كفَّ، دفعا للهرج وإبقاء لما كان على ما كان استصحابا واتباعا لهذ العمل العُرفي، فخروج هذا الناظر ومن وافقه عنه في غير محله، فردُّه لأصله صواب، لما قدَّمناه وختمنا به الجواب، والله الموفق. (هـ).

وسئل الشيخ الرهوني عن ثلاث مسائل :

الأولى : نهر يمرُّ في وسط مدينة بُنيت عليه ديار وغرست عليه أشجار ونصبت عليه الأرحية والقواديس وغير ذلك مما ينتفع به المسلمون، ومن جملتهم أناس لهم قواديس قديمة ثابتة بملكية أصول أربابها نحو مائة وخمسين سنة، ويشهد بذلك الآنَ اللفيفُ والعدول، منهم من يشهد بستين سنة، ومنهم بأقل أن الماء يجري في القواديس لغرسة فلان وغيره، ويعرفون في الوادي المذكور ردعة من خشب مُسمر عليها فرض على وطئه من خشب ليرتفع الماء لشرب القواديس وذلك كله قديم ثابت على عين الجيران وأهل الديار والأجنات، ثم بعد مُضي المدَّة المذكورة قام الجيران على رب القواديس الذي له فرض على وطئه بالردعة المذكورة، وأرادوا إزالة ذلك، محتجين عليه بقول النجارين لا بقول أهل المعرفة أن إبقاءه على ما كان عليه رُبَّما يؤدي إلى رجوع الماء إلى الجدرات ويندَى في البيوت، فهل لهم منعُه بالحجة المذكورة ويقضى عليه بقول النجارين بلا تلوُّم ولا إعذار أم لا ؟

الثانية : جماعة بينهم ساقية كبيرة حملوها من الوادي المذكور حين أجرى سلطان الوقت بتلك المدينة الماء وأسس البلاد واشتغلوا يسقون بها أملاكهم إلى أن ماتوا وبقي من بعدهم كذلك خلفاً عن سلف، ثم الآن أراد واحد من أرباب الساقية المذكورة أن يأخذ منها دولبا، وهي بوسط ملكه جارية جميعها ليحمل شيئا منها بحيث لا يضر بالساقية ليسقي بها غرسه القديم، والحال أن ماءها كثير يسقي به هو وغيره ويفضل الخير الكثير بحيث لا يتوقف أحد على السقي بسبب أخذه الماء المذكور، وينتفع به ويرجع الماء إلى محله، فهل له ذلك أم لا ؟

الثالثة : هذه الساقية المذكورة تمرُّ في ملك رجل وفيها الماء الكثير، عرْضها ستة أشبار ولا يقف شيء من العشب ولا غيرها في الساقية لكثرة مائها واتساعها، فهل يقضَى على رب الملك المذكور بحل غلقه لكل أحد ممن يريد الدخول ويدَّعي تنقية الماء ولا تنقية فيه، أو لا يقضى عليه بذلك، لأن فيه ضررا عليه، وإذا قلتم يقضى عليه بذلك، فهل يكلف رب الملك بتنقية الساقية ليرتفع الضرر عن الجميع، أو يعيِّن الحاكم من يباشر الساقية بالتنقية لرفع النزاع؟ أجيبوا لنا عن كل مسألة بعينها بالنص الصريح، مأجورين.الخ...

فأجاب رحمه الله : أما الأولى : فلا كلام لأرباب الدُّور في القواديس وتبقى على ما كانت عليه، أما إذا لم يثبت أن من شهد بذلك من أهل المعرفة ومن يرجع إليه في ذلك فلا إشكال، وكذلك إن كان من أهل المعرفة وأعذر فيه لمن له القواديس فأبدى مطعنا، وأما إذا ثبت ذلك وعجز، أو كان الإعذار ساقطاً، لكونه موجها من قبل القاضي، فلأنهم لم يشهدوا بتحقق حصول الضرر، وإنما قالوا ربما يؤدي. الخ... وهذا لا أثر له. ففي سماع حسيْن بن عاصم عن كتاب السَّداد والأنهار ما نصه : وسألته عن رجل من قومه بجرف فيقول : لا تسد إلى موضع جرفي، لأني أخافُ إذا اختنق الماء من أسفل وجاء السيل أن يحفر الجرف فتذهب أرضي، فنظر فيه فوجد ذلك إذا كان السيل ربما احتفر، فكان كذلك، وربما نجا فلم يضر بأرضه ولم يحتفر. قال ابن القاسم : لا أرى الذي يتخذ في أرضه رحى يسد النهر، حتى إذا انتهى إلى آخر السد إلى البرية عرض له رجل إلخ... فمنعه بذلك من سد النهر إلى موضع الجرف، لأنه قد احتج عليه بضرورة، وعساها أن لا تنزل أبدا به، فيمنع هذا لما يخاف أن يجيء أو لا يجيء من منافعه الحاضرة لشيء لا يدري أيكون أم لا، وأرى أن يعمل ولا يمنع. قال : فأما لو نظر إليه أهل البصر بعمل الأرحية والأنهار، فقالوا : لا نشك أنه إن جاء سيل اتكأ على صاحب الجرف فذهب بأرضه لرأيت له قلع ذلك السَّد، وكل ما يخشى ضرره مما هو آت لا شك فيه، وليس هذا مثل الأول أن يقول : ربما أفسد البنيان، وربما سلم، هذا لا يمنع من العمل لشيء لا يدرى أيكون أم لا، وهذا الأمر الآخر الذي لا شك فيه ولا يُترك،

وإنشاء الضرر عليه في أرضه. قال القاضي أبو الوليد ابن رشد رضي الله عنه : قول ابن القاسم هذا في هذه المسألة إنه لا يمنع من منافعه الحاضرة لشيء لا يدرى أيكون أم لا يكون، صحيح. (هـ) محل الحاجة منه.

فإذا كان لا يمنع من الإحداث للعلّة المذكورة، فكيف يؤمر بإزالة ما كان قديما، على أنه لو جزم أهل المعرفة بحصول الضرر لم يجب الحكم بمنعه من ذلك على الاطلاق، فإن فرض ثبوت ذلك فتحقيق المسألة يعلم من جواب الإمام العلامة ابن مرزوق، المسمى بالروض البهيج في مسائل الخليج، في المعيار، أثناء نوازل البيوع والمعاوضات، فليراجع هناك، والله أعلم.

وأما الثانية : فليس له فعل ما ذكر، فقد نص شيخ الشيوخ ابن سعيد بن لب أن الماء الذي يجري في السواقي يكون ملكا لأهلها وإن أجروه مما أصله مباح، وتلقى الناس ذلك بالقبول، وأشار له المواق في باب الموات، وإذا كان كذلك فليس له أن يختص منه بشيء لم يكن له قبل، ولا يجري في ذلك، الخلاف في الماء المملوك الفاضل عند مالكه المذكور عند غير واحد، وذكره أبو الوليد ابن رشد في شرح المسألة الثانية من رسم أول عبد ابتاعه، فهو حر من سماع يحيى من كتاب السداد والأنهار، ونصه : وأما الماء فالكلام إنما هو في فضلته، فما كان في ملك الرجل منه، فاختلف هل له أن يمنع فضلته من جاره فيما يريد من ابتداء الانتفاع به أم لا، على ثلاثة أقوال : أحدها، أن له أن يمنعه إياها إلا بثمن يوجبه عليه، وجد لها ثمنا عند سواه أو لم يجده وهو المشهور في المذهب، والثاني أنه ليس له أن يمنعه إياها، إلا أن يجد لها ثمنا عند سواه، فإن لم يجد لها ثمنا عند سواه لم يكن له أن يحبسها عنه وهو لا يحتاج إليها، والقول الثالث أنه ليس له أن يمنعه إياها بحال ولا أن يأخذ فيها ثمنا من أحد وهو الذي ذهب إليه يحيى بن يحيى على ظاهر قول النبي ﷺ : لا يمنع نفع بئر، ولا يمنع وهو ملك، وهذا كله في العين أو البئر تكون في أرض الرجل ولا ضرر عليه في الدخول إلى الاستقاء منها، وأما البئر تكون في دار الرجل وفي حائطه الذي قد حظر عليه فله أن يمنع من الدخول عليه في ذلك. (هـ)، وإنما قلنا إنه لا يجري في مسألتنا هذا الخلاف لأن إنشاء الدولب

تبقى له صورة، فمع الطول ربما يدَّعي مُنشئه أو من تنزل منزلته بإرث أو غيره أن ما كان يأخذه من الماء كان ملكا له يختص به عن أشراكه وتكون الآثار شاهدا له على ذلك، ولا يخالف ما قلناه ما في نوازل الشريف، ونصه :

وقد سئل ابن رشد رضي الله عنه عن رجل يمرُّ ببابه ماء لشرب أجِنَّةٍ أراد أن يجري منه قادوسا لداره ويَرجع إلى الماء المذكور، فهل له ذلك ؟

فأجاب : إذا كان ذلك لا يضر بالساقية ولا يجرُّ إليها فسادا ولا ضررا في العاقبة فلا يمنع. (هـ). ووجه عدم المخالفة ظاهر.

أما أولا : فإنه ليس نصا في أن تلك الساقية مِلك لأرباب الأجِنَّة، وأما ثانيا : فإن الماء المأخوذ في مسألته إذا بلغ للدار ورجع لمجراه كما هو بيِّن من كلامه، وصورة ذلك هي المسمى في العرف كأس اعدل، فانتفاع صاحبُ الدار بذلك إنما هو بما يأخذه بالاغتراف من ذلك لشرب أو وضوء أو غسل ثياب، وهو لو فعل ذلك من ماء مملوك في موضعه وليس بمحظر عليه ولا يلحق صاحبه من ذلك ضرر لم يمنعه منه. ففي سماع عبد الملك بن الحسن من كتاب السّداد والأنهار عن أشهب ما نصه : ولم يكن له أن يمنعهم قبل أن يحظر من غسل ثيابهم في تلك العين إلا إن كانوا يغسلون ثيابهم من حائطه في موضع يخاف على بعض ما فيه منهم، فيكون له أن يمنعهم، وإن لم يكن الحائط محظرا على ما وصفنا. قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه : هذه مسألة صحيحة بيِّنة لا إشكال فيها، ولا اختلاف في شيء من معانيها، وبالله التوفيق. (هـ) والله أعلم.

وأما الثالثة: فقد ثبت أن الماء لا يقع به شيء دائما، وأن الساقية لا تحتاج إلى تعاهد أصلا، وأنهم إنما يقصدون بالدخول الإضرار وأعذر لهم في ذلك، فلم يجدوا مدفعا، فلا إشكال أنهم يمنعون من ذلك وهو أمر ضروري لا يحتاج إلى الاستشهاد عليه بنص، وإلا فلهم الدخول، ويمنع أن يحظر على ذلك في وقت السقي والاحتياج إلى ذلك الماء. وقد نص غير واحد على ذلك، بل لو كان الماء في الدُّور وكثر مستحقوا مروره فيها لكان لهم الدخول لإصلاح الماء ونحوه، ولم يمنعهم من ذلك كما في نوازل المياه من نوازل الشريف، فالبساتين أحرى بعدم المنع من

الدُّور كما لا يخفى، وليس التزام رب البستان بتنقية ذلك مما يمنعهم من حقهم إن أبوا لوجوه ظاهرة عند التأمل، وكذا تعيين القاضي من يفعل ذلك، إذ يتعذر أو يتعسَّر وجوده في ذلك الموضع عند سقي كل واحد من الأشراك في كل وقت من ليل أو نهار، والله سبحانه أعلم. قاله وكتبه عبيد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج وفَّقه الله. (هـ).

وسئل الفقيه الحائك وغيره عن معزل ماء كان سدُّه قديما مرفوعا من وَّاد ينتفع به أناس بأوجه الانتفاعات، ثم يمر إلى مسجد، ثم منه إلى رحى، ثم منه لأرحية كثيرة وأملاك، ثم أراد رجلان إحداث رحى لهما فوق هذا المعزل القديم فيه ضرر على غيرهما وعلى غرسة امرأة تركها لها ولولديْها المحجورين زوجها أبو الولديْن.

فأجاب غيره : إنه يجب على من ولَّاه الله أمر المسلمين المبادرة إلى قطع هذا الضرر وتغيير هذا المنكر، وكون من أحدث عليه هذا الضرر من ضعفاء المسلمين مما يؤكد القيام بنصرتهم على كل من قدر عليه من المؤمنين وخصوصا الحكام كما في الحديث، ولا يحل لأحد ممن يكون له انتفاع بهذا الماء قبلُ انتفاعٌ به ما دام على هذه الحالة، لأمرين : أحدهما : أنه مغصوب لقطعه عمَّن استحق الانتفاع به؛ ثانيهما : انه يَجْرِي بموضع مغصوب، لأن إجراءه وإحداث معزل له بأرض الغير دون رضى، حرام بلا نزاع.

وأجاب هو رحمه الله، أنه سئل عن المسألة الإمام الحفّار، كما في المعاوضات من المعيار في أهل قرية أرادوا رفع ساقية من الوادي المار بأرضهم، ومن تحتهم موضع بنحو الميلين فيه ساقية قديمة مرفوعة من الوادي المذكور. فأجاب : إحداث هذه الساقية، إن كان يضر بأهل الساقية السّابقة فيُمنعون من إحداثها ولا يكون ذلك إلا برضى منهم. (هـ)، ونحوه لسيدي عبد القادر الفاسي فيما قيده في وادي مصمودة فإنه قال بعد طول كلام ما نصه : فأنت ترى كيف جعل المنع من أجل الضرر وهي قضية مسلمة، إذ من يقول بجواز ذلك الأخذ والإباحة لم يقل بالإباحة المطلقة، بل حيث لا ضرر على أحد ولا يؤثّر شيئا في منافع السابقين، بل الضرر حيث كان يمنع، والمفسدة حيث تعيَّنت تُدْرأ وتدفع،

إذ من القواعد الشهيرة أن الضرر يُزال، وهذا موضع نظر من له النظر في ذلك بحيث يقطع الأيادي العادية عن الامتداد للفساد، ويسدُّ مطامح الزائغين عن اللجاج والعناد. (هـ). وهو واف كاف مؤيد لما أجيب به أعلاه، وما كان أحوجه له، والله الموفق لهُداه. ومن تمامه ما في المعيار عن ابن أبي زيد في ماء تعذر مروره إلا في أرض جاره، فأجاب : ليس لهم ذلك إلا بإذن صاحب الموضع، وإن لم يأذن فيه لم يجبر عليه، وأنكر الاختلاف في هذا. (هـ).

وسئل الحائك أيضا عن رجل له أرض في وسطها عين يرتفق بها أهل المنزل أراد منعهم من ذلك.

فأجاب : إن المسألة في الدر النثير في مسائل الدَّعوى والحيازات عن ابن وهب في سماع عبد الملك بن الحسن فيمن له جنان ليس عليها حائط يغسل فيها من جاورها من النساء ثيابَهُنَّ ويقصرن شقتهن ويرتفقن بها زمانا طويلا، فأراد صاحبها أو من ابتاعها منه أن يحظر عليها بجدار ويقطع مرتفقهم لماء العين، فادَّعوا أن لهم فيها هذا المرفق وشهد لهم عليه شهود، وزعم صاحبها أن العين له وفي جنانه، وأن اختلافهم إليها أضر به؛ أَن له منع مائها إذا شاء، وليس ما كان قبل ذلك من إباحة الماء بالذي يقطع منعه إذا كان ذلك معروفا منه لا صدقة بأصل العين أو تحبيسا على الناس، وأحب له أن لا يمنعهم الشرب، وليس له منعهم قبل أن يحظر إلا إن كانوا يغسلون في موضع يخاف على بعض ما في الحائط منهم فله منعهم وإن لم يكن الحائط محظرا. ابن رشد : هذه المسألة بيِّنة لا إشكال فيها ولا اختلاف في شيء من معانيها. (هـ) منه، ونحوه في نوازل المياه من المعيار. (هـ).

وسئل أيضا عن رجل له ماء مشترك مع أقوام أراد نقل واجبه لغير ذلك الموضع ينتفع به.

فأجاب بما في ابن سلمون مختتمَ البيوع، ونصه : سئل ابن رشد عمن له حقل أرض له شِرب استغنى عن زراعته، أو بناه دارا أو باعه دون شرب وأراد أن يأخذ الشرب ليسقي به أرضا له أخرى أو يبيعه أو يهبه أو يصنع به ما شاء، قال:

ذلك له إذا كان له في أخذه منفعة، وأما إذا أراد أن يأخذه ويجمع له بركا ويحبسه فيها ولا يتركه لمن ينتفع به فليس له ذلك. (هـ). وبما في خط بعض المعاصرين ونصه : قال ابن رشد : من له ماء في ساقية فله أن يسقي بها مع ورثته، وإن أراد أن يخرجه إلى موضع آخر من غير الأملاك المشمولة ولم يكن له معزل في ملكه فلشريكه منعه منه. (هـ). فإن كان له معزل في ملكه فليس لِشريكه منعه كما هو واضح، وعلى هذا تُخَرَّجُ هذه النازلة، وما ذكره المجيب تتميما لجوابه من أن القسم يكون على أقل الانصباء صحيح مذكور في باب القسمة من شروح المتن وغيرهم. (هـ).

وسئلت عن ماء غرسة ادَّعى صاحب الغرسة أنه مِلك له، وشهد نحو الخمسة والعشرين من اللفيف أنهم يعرفونه من منافع الغرسة المذكورة ما يزيد على اثنين وعشرينَ عاما، ونازعه في ذلك بعض الشرفاء،وشهد لهم ثلاثة من العدول أن تلك الغرسة لم يتقدم فيها صهريج ولا سقاية ولا مَعِدَة ولا غيرُ ذلك مما يجر به الماء، وإنما لها السقي فقط يوم نوبتها مع الغراسات هنالك. الخ...وشهد لهم بمثل هذه الشهادة نحو السبعة والخمسين من اللفيف، وفيهم أشراف وأخيار وأعيان البلد.

فأفتى الشريف سيدي جعفر الكتاني والعدل مولاي محمد الفلالي والفقيه السيد محمد بن التهامي الوزاني بإلغاء الشهادة الأولى وإعمال الثانية.

وأجبت عقبهم : الحمد لله، لا يخفى على من له أدنى مُسكة من الفهم ترجيح حجج الشرفاء على حجة خصمهم،لأن شهادة العدول مقدمة على اللفيف كما هو معلوم، ولأن من جملة حجج الشرفاء التي أدلوا بها،البيِّنة القديمة المفصَّلة. وهي مقدمة على غيرها أيضا، قال في التحفة :

وَقِدَمُ التاريخ ترجيح قبل

وقال في الزقاقية :

ومن يفصِّل فمختار على من قد أجملا

ولأن بينة الشرفاء قد احتوت على عدد كثير من الأشراف والأخيار والعدول ووجوه الناس فتفيد القطع، والقطع مُقَدَّم على الظن، كما في نظم الشيخ ميارة في تكميل المنهج، وأصله لابن الناظم في شرح التحفة. وإذا تقرر هذا فنقول زيادة على ما في الفتاوي أعلاه: بيِّنة الشرفاء هذه يقضى بها بدون إعذار للخصم، لكونها محصِّلة للعلم، فخرجت عن باب الشهادة إلى باب التَّواتر، ولا إعذار فيما خرج، سواء كان فيهم عدول أو لا، والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي الوزاني تاب الله عليه.

نـــوازِل الحُبُـــس

سئـل الشيخ الرهوني رحمه الله عن ثلاثة من الناس تقارروا في أملاك معيَّنة أنها حبس عليهم من بعض أسلافهم طبقة بعد طبقة، الذكور دون الإناث حتى تنقرض طبقة الذكور وَعَقِبهُم وترجع للإناث كذلك، وبعد تقارُرهم أشهدوا أنهم هم المستحقون للحبُس في وقت الإشهاد على مقتضى تقارُرهم لا غير، وأن الطبقة التي تليهم بعد انقراضهم هم أولادهم الذكور، ثم بعد ما ذكر قام الإناث يطلبن واجبهن في تلك الأملاك،مدَّعيات عدم الحبُس فيها وإبطال المقاررة بذلك فيها، وأنهم إنما قصدوا بها نفع أنفسهم وأولادهم وحرمان باقي الورثة، ولما خاف المقرون فسخ المقاررة ونقضها تقارَرُوا مرة أخرى على الذكور والإناث وأشهدوا بذلك، ثم بعد ذلك سمّى بعضهم المحبس لتلك الأملاك، وليس لهم رسمٌ على الحبُس ولا على كيفيته ولا على ملكية شيء من تلك الأملاك حسبما اعترفوا بذلك في غيره، فهل سيدي يبطل ذلك الإقرار لتناقضه واضطراب المقرين به، وعلى فرض تسليمه فهل حيث سمى المحِّبس فلا بدَّ من إثبات ملكيته كما هو منصوص لابن سلمون وغيره، وإن لم يثبت فلا ينفذ ذلك الإقرار وتكون الأملاك المذكورة موروثة، وهل ينزل الإقرار بالحبس منزلة إنشائه ويتَّهَم المقر أنه أراد بالإقرار إسقاط الحوز الشرعي، بيِّنوا لنا الحكم في ذلك. الخ...

فأجاب : الحمد لله، نص ابن سلمون ويثبت أيضا بإقرار بعض الأعيان وتكتب في ذلك إلى آخر الوثيقة. ثم قال بعده: وينفذ هذا الحبُس بهذا الإقرار ويلزم ورثته بعده ويحمل من ذلك ما تحمل، وتكون غلته كذلك ولا يسمي الذي حبَّسَه، فإن فعل فلا بد أن يثبت مِلك الذي حبَّسَه، وإن لم يثبت ذلك لم يصح إقراره لأنه شاهد، وشهادة الواحد لا تجوز في الحبُس. (هـ). ونحوه في المتيطية. قال ابن هارون في اختصارها : ويجوز لمن بيده دار أو جنة أن يشهد أنها حبُس عليه وعلى أعقابه أو على ما يذكر من المرجع، وينعقد الحبُسُ بشهادته، وهو في المعنى إقرار على نفسه ويكتب في ذلك. الخ... ثم قال : وإنما لم يسم الحبسءلئلا

يكلف القائم بهذا إثبات موت المحبس وتناسخ وراثته وإثبات ملكيته ليعذر إلى الورثة، والعقد بدون هذا غير تام وبه ضعف. (هـ). وما ذكراه من أن تسمية المحبس تؤثر في ذلك قد سبقهما إليه غيرهما من الموثقين، لكن اعترض ذلك أبو الوليد ابن رشد، وسلم اعتراضه ابن عات، ففي طُرَرِهِ ما نصه: **طرة . قوله :** وبه ضعف واهٍ، ابن رشد في التعقب : هذا خطأ وهو صحيح نافذ، ذكر المحبس أو لم يذكره إن كان لم يثبت مِلك المحبس لما حبس، فإن ثبت مِلكه لما حبَّس أو مِلك المحبس الذي أقر أنه حبَّسها عليه، إن كان أباه أو جدَّه لم يصح إقراره لأنه شاهد، وشهادة الواحد لا تجوز في الحبُس. (هـ). فالمضر عند ابن رشد ثبوت المِلك للمقر أو غيره كأبيه أو جدِّه لا مجرد تسمية المحبس، ونحوه لابن الحاج. ففي نوازل الأحباس من المعيار ما نصه : وسئل (أي ابن الحاج) عمن أقر في أملاك بيده أنها حبس عليه وعلى عقبه من قبل أبيه، فأجاب : إن علم الملك فيها له أو لأبيه فلا ينتفع بالإشهاد حتى يحوزها ويخرجها من يده لأنه يُتهم أن يقصد إبطال الحيازة ويجعلها عنده دون حيازة لتبقى يده عليها حتى يموت، وإن جهل ملكها له أو لأبيه فإشهاده بالتَّحبيس جائز حتى يظهر خلافه، مثل أن يظهر في كتاب التحبيس خلاف ما أقر به، فينتقض الإقرار ويرجع إلى ما في كتاب التحبيس أو يرجع له المِلك أو لأبيه قبله فينتقض إشهاده، فيكون حكمها حكم المِلك. (هـ). وما ذكراه من بطلانه في ثبوت المِلك لأبيه أو جدِّه إنما هو باعتبار حق غيره ممَّن شاركه في الإرث لا في حق نفسه، وما ذكراه من بطلانه في ثبوت المِلك له إنما هو إذا لم يحز عنه، وصرح بالأمرين معاً المتيطي؛ قال في الاختصار بعد ما قدمناه عنه ما نصه : **تنبيه** : وإن تبيَّن بعد ذلك أن الدار مِلك للمقر لم ينفذ التحبيسُ فيها إلا أن يكون خرج منها العام ونحوه، وحيزت بما تحاز به الأحباس فتنفَّذ. **فرع** : ويجوز إقرار ورثة المحبس بحُبس، ويلزمهم ذلك، ويكون محبساً عليهم على حسب ما أقروا به، إلا أن يظهر كتاب الحبُس يوما ما، ويكون فيه خلاف ما أقروا به، من التعقيب والمرجع، فينتقض إقرارهم في ذلك، وإن شاركهم في الميراث أحد لم ينفذ إقرارهم إلا في حصصهم فقط، ويلزم المنكرَ اليمينُ أنه ما يعلم موروثه حبس عليهم شيئا، وليس له رد اليمين لأنها لو ردَّت لردَّت على مدَّعي الحبُس

وأعقابهم، ولا يحلف أحد عن أحد، وأيضا لو نكلوا عنها لم يبطل الحبُس بنكولهم لبقاء حق العقب. (انتهى) محل الحاجة منه. وبتأمل هذه النصوص أدنى تأمل يظهر أنها اشتملت على الجواب عن جميع فصول السؤال حتى لا يبقى معها بحول الله إشكال، والعلم كله للكبير المتعال. قاله وكتبه عبيد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج؛ وفَّقه الله. (هـ).

وسئل العلامة مفتي فاس سيدي محمد بن إبراهيم الدكالي ثم الفاسي رحمه الله عن دار حبَّسها رجل على أولاده وما تناسل منهم، فإن انقرضوا رجعت لمولاي ادريس، ثم مات الرجل وتهدمت الدار وصارت محلا لطرح الزبل، ولم يبق إلا واحد من أولاده فأصلحها وأقر بحبُس أبيه، وأشهد بأن إصلاحه حبُسٌ أيضا وأدخل في التحبيس زوجتين وأم ولده. الخ...

فأجاب : لا يكفي في ثبوت حُبُس الدار أعلاه إقرار الولد المذكور بأنها من تحبيس أبيه على أولاده، الخ... وإن كشف الغيب أنهم لم يبق منهم غيره لأنه لم يبقه على ما أقر به، لأنه غيَّر ذلك بتحبيسه ما بنى على من ذكر من المعينين، وقال إن انقرض عقبه رجع لضعفاء أقاربه وبعدهم لإمام مسجد الشرفاء، ولم يقع قبول ولا حوز من أولئك المعيَّنين وذلك مما يبطله، بل بعض منهم كالزوجة اعترفت بأنها لا علم لها بذلك حسبما بأعلى محوله. الحاصل أن الرسم المذكور ليس على سنن إقرار بعض العقِب بالحبُس لأنه سمى المحبس، وقد نص المتيطي وابن سلمون وغيرهما على أن ذلك مما يبطله، ولا على سنن إنشاء المحبس المذكور تحبيس تلك الدار. وقد قال ابن هلال في الدر النثير ما نصه : فإن تبيَّن أنّ المِلك الذي أقر به هو له فلا يُنفذ التحبيسُ فيه إلا أن يكون قد خرج عنه العامَ ونحوه وحيز، فينفَّذ حينئذ لأنه كأنه حبسه في ذلك الوقت. ثم قال : وفي نوازل ابن الحاج : إذا أقر الرجل في أملاك بيده أنها حبس عليه وعلى عقبه، فإن علم الملك فيها له أو لأبيه فلا ينتفع بالإشهاد حتى يحوزها ويخرجها عن يده لأنه يتهم أن يقصد إبطال الحيازة لتبقى يده عليها حتى يموت. (هـ)، وهو كاف فيما ذكرناه، والله أعلم. (هـ).

وردَّه الشيخ الرهوني فقال : ما سطر أعلاه من بطلان إقرار الولد بأن الدار المشار إليها حبُس من قبل أبيه علي أولاده وعقبهم غير صواب، وتعليلاه معا للبطلان لا يفيدانِ، أما الأول وهو قوله لأنه لم يُبقه على ما أقر به الخ... فلا يخفى ما فيه، لأن الذي غيَّره عما أقر به هو تحبيس ما بناه، والإقرار إنما وقع بتحبيس الدار، ومعلوم أن ما بناه المحبّسُ عليه في الحبُس يكون مِلكا له أو لورثته، إذا بيَّن، حسبما هو مصرح به في المدونة وغيرها فهو إنما حبس ما يملكه، وعدم حوزه لذلك إن سلمناه لا يضر، لما قالوه في قول المختصر : «وإن بنى المحبَّسُ عليه، فإن مات ولم يبيِّن فهو وقف، فإنه استُشكل قوله : فهو وقف، بأنه لم يحز عن واقفه قبل حصول المانع، وأجيب بتبعيته لما بنى فيه فأعطي حكمه فهو محوز بحوز الأصل، وعلى تسليم أنه يفتقر الى حوز فلا يبطل حبُسُ الدار ببطلان حبُس البناء بل يبقى حبُس الدار صحيحا وليس لورثة الباني إلا قيمة البناء منقوضا أو أخذ الأنقاض، كما إذا بنى وبيَّن أنه ليس وقفا ولم يقع منه تحبيس أصلا. وعدم علم الزوجة بذلك وإنكارها لا يضر لأن الحبس ليس مقصورا عليها، وعلى تسليم أن ذلك يضر فإنما لها ما يجب لها بالارث في قيمة البناء منقوضا أو في الأنقاض نفسِها، وأما تعليله الثاني، وهو قوله لأنه سمى المحبس الخ...» واستدلاله لذلك بكلام المتيطي ومن وافقه ففيه نظر، أما : أولا فإن ما قاله المتيطي وابن سلمون، وإن سبقهما اليه غيرهما من الموثقين، فقد اعترضه ابن رشد حسبما نقله ابن عات في طرره وسلمه ونصه: طرة، وعند قوله : وبه ضعف واهٍ. ابن رشد في التعقيب : هذا خطأ وهو صحيح نافذ، ذكر المحبس أو لم يذكره إن كان لم يثبت ملك المحبس لما حبس، فإن ثبت مِلكه لما حبَّسَ أو ملك المحبس الذي أقر أنه حبسها عليه إن كان أباه أو جدّه لم يصح إقراره لأنه شاهد، وشهادة الواحد لا تجوز في الحبس. (هـ). وكذا صرح عصريه ابن الحاج بأن المبطل للإقرار ثبوت الملك للمحبس الذي سماه لا مجرد تسميته. وقد نقل كلامه برمته في نوازل الأحباس من المعيار وسلمه. وأما ثانيا: فإن المتيطي ومن وافقه يقولون بصحة الإقرار بالحبس في مسألتنا، وإن سمى المحبس، لأن المقر هنا وارث المحبس، فالبطلان عندهم إذا كان المسمى أجنبيا أو كان له ورثة غير المقر ينكرون الحبس، فقد قال المتيطي نفسه بعد كلامه الذي أشير اليه أعلاه ما

نصه : فـرع، ويجوز إقرار ورثة المحبس بالحبس ويلزمهم ذلك ويكون محبسا عليهم على حسب ما أقروا به، ثم قال : وإن شاركهم في الميراث أحد لم ينفذ إقرارهم الا في حصصهم ولا يلزم المنكرين. (انتهى) محل الحاجة منه على اختصار ابن هارون. وفيه أيضا ما نصه : فـرع، وإذا قام وارث في ملك بأيديهم يزعمون أن أباه حبسه عليهم فطلب ميراثه منه، وقال : لا تحبيس فيه وناكره إخوته ثم اصطلحوه على أن يسلموا له حصَّته منه جاز وبقي ما بأيديهم حبُساً وما بيده مطلق، فإن ثبت الحَبسُ يوما ما انفسخ الصلح. (انتهى) منه»والله أعلم. قاله وكتبه عبيد ربه محمد بن أحمد الحاج وفَّقه الله. (هـ).

وسئل العلامة النوازلي أبو زيد الحائك رحمه الله عمَّن بنى من المحبَّس عليهم في حبُس معقب أو غرس فمات ولم يبيِّن.

فأجاب هو وغيره بأن ذلك ملحق بالحبُس كما في المتن وهو مذهبها، قال فيه : وإن بنى محبَّس عليه فمات ولم يبيِّن فهو وقف. وقال فيها على نقل التاج، قال مَلِك : من حبَّس دارا على ولدِهِ وولد ولده فبنى فيها أحد البنين وأدخل خشبة أو أصلح ثم مات ولم يذكر لما أدخل في ذلك ذكراً فلا شيء لورثته فيه. قال ابن القاسم : وإن كان قد أوصى أو قال هو لورثتي فذلك لهم، وإن لم يذكره فلا شيء لهم فيه»قلَّ أو كثُر (هـ). قال أبو علي في شرحه:وقول المتن : فهو وقف،هو الذي به العمل والفتيا وهو المشهور، وكلام المغيرة قوي غاية، وكلام ابن رشد صواب، ثم أتى بكلامهما وغيره، والمسألة فيها أربعة أقوال كما في درر المازوني والمعيار،وهي من نظم الفلالي في عمله المطلق، لكن ما في المتن أقواها، كيف لا وهو مذهبها،فمن سلكه نجا، ومن سلك غيره كان كالراتع حول الحِمى،والله علم. (هـ).

وسئل أيضا عن رجل بيده حبُس على الضعفاء من قومه قام به عليه شاهد واحد أنه سمع منه ذلك وسمع أنه من تحبيس غيره أرادت امرأة من ضعفاء ذلك القوم الدخول مع هذا الحائز والاختصاص به.

فأجاب بأنها تحلف وتدخل معه أو تستبدُّ إن ناكرها في التحبيس أو في

الدخول، لأن الحبس يثبت بإقرار بعض الأعيان، ويلزم ورثته من بعده وتكون غلته على ما قال حيث لم يسم الذي حبَّسه،وإلا فلا بد أن يثبت ملك الذي حبسه، وإن لم يثبت لم يصح إقراره لأنه شاهد،وشهادة الواحد لا تجوز في الحبس،كما في ابن سلمون وغيره. وفي الحطاب في باب الحبس أنه سئل والده عن نحو قضية السؤال، لكن لا من حيث نقص الشهادة بل من حيث من يدخل في هذا الحبس. فأجاب : إذا ثبت الوقف بالبيِّنة أو بالشيوع، فإن علم شرط الواقف اتبع وإلا فإن ثبتت له عادة قديمة اتبعت إذا لم تكن مخالفة للوجه الشرعي. (هـ).

وسئل أيضا عمن حبَّس في صحته كتبا على ولده ومن تناسل منه ولم يمكنه منها،بل بقي يتصرف فيها إلى أن توفي.

فأجاب : إنه حبُس غير صحيح،لقول المدونة : من حبَّس في صحته ما لا غلة له مثل السِّلاح والخيل والرقيق وشبه ذلك فلم ينفذها ولا أخرجها من يده حتى مات، فهي ميراث،وإن كان يخرجه في وجهه ويرجع إليه فهو نافذ من رأس ماله لأنه خرج في وجهه، وإن خرج بعضه،فما خرج منه فهو نافذ وما لم يخرج فهو ميراث. (هـ) على نقل المواق. اللخمي : حكم الكتب تحبَّسُ ليقرأ فيها كحكم الخيل تحبَّسُ ليغزى عليها والسلاح يقاتل بها. والمسألة مفروضة عند اللخمي وأبي الحسن وابن عرفة وغيرهم على غير معينين،كما في حاشية شيخنا بناني، فانظر نصوصهم فيه وفي غيره وفيما يؤول إليه قضية السؤال هل من ذلك أو من غيره ؟ (هـ).

وسئل أيضا عن الحبُس إذا لم يحز عن محبسِهِ إلى أن مات وقد رهنه ومات وهو عند المرتهن في شيء عليه، هل الحبس صحيح أم لا ؟ وإذا قلتم بالثاني هل ثَمَّ من يقول بالصحة، وكيف إن عارض الخصم بأن عرف البلد عدم الحوز في الحبس ؟

فأجاب : إن صحة الحبس شرطها الحوز قبل حدوث مانع الموت أو المرض المتَّصل به إو الفلس،وهذا في حبس الصحة، ولم يوص بتنفيذه في المرض،

أما إن أوصى به أو كان في المرض ومات منه فإنه يخرج من الثلث. قال في المغرب: قال سحنون : قلت لابن القاسم : أرأيت من حبَّس نخل حائط على المساكين في صحته أو تصدَّق به عليهم ولم يخرج ذلك من يده حتى مات، قال : يبطل حبُسُه ويكون ميراثا إلا أن يوصي في مرضه بإنفاذ ذلك فتكون من الثلث وهو قول مالك. (هـ). ونحوه من بطلان الحبس غير المحاز في الجواهِر وغيرِ مَا ديوان، قال فيها (أي الجواهِر) : ولو شرط في حبسه أنه يلي ذلك لم يجزه ابن القاسم وأشهب. قال زروق في شرح الرسالة، قال ابن عرفة: والمذهب وقف تمامها على حوزها- ابن زرقون : وروى ابن تمام عدم وقف الصدقة والحبُس على الحوز، ووقف الهبة عليه. (هـ).وأما خارج المذهب فقال بعدم افتقار الحبُس إلى الحوز الشافعي وغيره كما في ارشاد السّاري عن المعرفة للبيهقي. (هـ).

وسئل أيضا عن بناء المعمرة وهي محل بينونه في جوار المسجد يبيت فيه الطلبة الغرباء الملازمون للقراءة في ذلك المسجد هل يكون (أي بناؤها وإصلاحها) من وفر المسجد أو على الجماعة ؟

فأجاب : إن المسألة فيها خلاف حسبما في نوازل الشريف، فأفتى سيدي عيسى بن ماواس بالجواز إن جرت العادة ببنائها قديما من متاع المسجد، لأن الحبُسَ إذا جُهل أصله كان العمل الجاري دليلا عليه، وأفتى سيدي أحمد الونشريسي بالمنع، قال : فإن فعلوا وبنوها من أحباس المسجد غرموا ما أخذوه من فوائده وغلته على المشهور، والله أعلم. (هـ).

وسئلت عمن حبَّس دار سكناه في صحته على أولاده وأولادهم ما تناسلوا ووكّل أخاه على حوز الدار المذكورة لِصغر أولاده، ثم مات بعد نحو السَّنتين ولا علم عند أخيه المذكور بالحبس إلى أن وجد رسمه المذكور في تركته (أي الهالك المذكور).

فأجبت : الحمد لله، حيث كانت الدار أعلاه لم يتقرر عليها حوز الأولاد معاينة وإخلاؤها من أمتعة المحبس في صحته إلى أن مات، كان تحبيسها عليهم

غير معتبر. قال في التحفة :

والحوز شرطُ صحةِ التحبيس   قبلَ حدوثِ موت أو تفليسِ

وقال أيضا :

ومن يحبِّس دار سكناه فلا   يصح إلا أن يعاين الخلا

ابن عرفة : شرط الحوز كونه في صحة المعطي وعقله. ومن المدونة : كل صدقة أو حبُس أو نحلة أو عُمرى أو عطية أو هبة لغير ثواب في الصحة يموت المعطي أو يفلس أو يمرض قبل حوز ذلك فهي باطلة. (هـ). وقال سيدي عمر الفاسي في شرح التحفة، قال في كتاب الرهون من المدونة : ومن حبَّس على صغار ولده دارا أو وَّهبها لهم أو تصدَّق بها عليهم جاز ذلك،وحوْزه حوز لهم إلا أن يكون ساكنا في كلها أو جلها حتى مات فيبطل جميعها وتورث على فرائض الله عز وجل...الخ. وعليه فحيث وكَّل المحبس المذكور أخاه على حوز الدار لأولاده ولم يحزها لهم ولا علم بالتحبيس إلى أن وجد الرسم في تركته كان الحبس باطلا بلا شك،والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئلت عمن حبس عليه وعلى إخوانه تسعة فدادين من الأرض الحرّاثية فلحق واحدا منهم ديْن ولم يجد ما يقضي به ديْنه فسجن وطال سجنه، فأراد الغرماء بيع بعض هذه الحبس لقضاء ديْنه...الخ.

فأجبت : الحمد لله، لا وجه لبيع هذه الحبُس في هذه المسألة،لأن المحبس عليه إنما يملك منفعته مدَّة حياته وهي مجهولة، وبيع المجهول لا يصح. وأمارقبة الحبس فلا مِلك فيها أصلا فلا تباع في الدَّيْن بحال لأنها باقية على مِلك المحبِس. كما قال في المختصر : والملك للواقف،وقد نص على منع بيع الحبُسِ غير واحد. قال ابن سهل في أحكامه الكبرى:أجمع ملك وأصحابه على منع بيع الأحباس...الخ. وقال ابن سلمون : وأما العقار (أي المحبس) فلا يباع باتفاق،إلا أن يشترط ذلك المحبس. (هـ). وقال العبدوسي : إذا لم يكن في الرّبْع المحبَّس خَراب ولا عُدمت منفعته فلا تجوز معاوضته بحال وإن عوض عنه بمائة ألف. (هـ). وفي المعيار سئل

ابن المكوي عن رجل حبَّس نصف ماله من الأرضين على بنيه الأصاغر ثم مات فباعته عليهم الأم لأجل الحاجة والإملاق. فأجاب : إن كانوا في حال صغر إلى أن مات فينفسخ البيع وينفذ الحبُسُ، باعته الأم أو الأب إن شاء الله تعالى. (هـ). قال الشيخ الرهوني بعد نقله : فهذا تصريح منه برد البيع بعد وقوعه فكيف بالإقدام عليه...الخ. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئلت عمن حاز بيتا بالمدرسة على وجه العارية من غيره فقام عليه رجل وأثبت ببيِّنة اللفيف أنهم لم يزالوا يسمعون من أهل العدل وغيرهم أن هذا البيت حبس عليه وعلى أبناء عمِّه يقرأ فيه من حضر منهم بفاس، ويتصرف فيه بالعارية وغيرها من أنواع التصرفات.

فأفتى بعض من ينسب نفسه للعلم بأن البيت المذكور ينتزع من يد الحائز المستعير ويستحقه صاحب بيِّنة السماع لأن الحوز بالعارية لا يفيد المِلك ولا أن المعير يملكه، إذ العارية تكون من المالك وغيره، وأتى في ذلك بكلام طويل لا محصول له، ووافقه عليه من هو مثله.

فأجبت : الحمد لله، اتفقت كلمة الأئمة على أن بيِّنة السماع لا ينتزع بها من يد حائز. قال في المختصر : وجازت بسماع فشا عن ثقات وغيرهم بملك الحائز...الخ. قال الشيخ مُصطفى في حواشيه : المالكية مطبقون على التعبير بأنه لا ينتزع بها من يد حائز وإنما تجوز للحائز...الخ.

وقال في التحفة أثناء ما تصح فيه شهادة السماع ما نصه : وفي تملك لملك بيد، أي في تملك المشهود له لأصل هو بيده. قال ابن عرضون في شرحها نقلا عن العبدوسي رحمه الله؛ ومثله لابن غازي عنه :

واعلم بأن هذه الشهادة عند ذوي التحصيل والإفادة
يبقى بها ما بيدٍ بلا نزاعْ أعرفه لعالم ولا دفاعْ
وليس يؤخذ بها ما باليد والخلف فيما ليس عند أحد

وقال ابن فرحون في تبصرته ما نصه : ولا تجوز شهادة السَّماع الفاشي للمدَّعي

الطالب، إنما تجوز للذي هي في يده حائزا لها مع تقادم العهد ومضي الزمان، ولا تسمع شهادة السماع إذا قام بها من ليس الربع في يده يريد إخراج ذلك من يد حائزه على المشهور، واختلف هل يؤخذ بها ما ليس عليه يد كعفو الأرض. (هـ). وعليه فالطمع في أخذ هذا البيت بهذه البيِّنة من قبيل المحال، إذ لا نص يساعده بوجه ولا بحال، والله أعلم، على أن هذه البيِّنة غير تامة لخلوها عن الاستفسار ولعدم تنصيصها على مدَّة السَّماع، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي العمراني لطف الله به.

وسئل العلامة النوازلي أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عن حُبس معقب مبْدَؤه أب وولده محجوره، حازه الأب وكان مشاعا بحلوله مع محبسته.

فأجاب : إنه صحيح لا في حق الأب ولا في حق ولده لحصول القبول والحوز فيه، والمشاع إذا رفعت عنه يد المعطي صحَّ وإلا ففيه خلاف. وفي شرح التحفة للشيخ ميّارة : إن ذلك نافذ بناء على أن الشيوع لا ينافي الإقباض. وفي حواشي الوانوغي على المدوَّنة ما نصه : قلت: الذي نسبه ابن رشد لابن القاسم الصحة، خلافا لأصبغ. (هـ) ونحوه في المعيار عن اللؤلؤي، والمسألة مذكورة في الدُّر النثير وغيره، وأوسع القول فيها أبو علي في شرحه، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا رحمه الله عن تحبيس المشاع، وأفتى غيره أنه إن كان يقبل القسْم فلا إشكال، وإن كان لا يقبله ففي جوازه ورده قولان، والذي جرى به العمل حسبما عند مؤلفه وغيره، وأفتى به صاحب المعيار وأبو موسى العبدوسي وأبو العبّاس ابن زكري التلمساني وغيرهم من المتأخرين جوازه، وهو قول ابن الماجشون، لكن إن رضي الشريك بالتحبيس فذاك وإلا بيع الحبسُ جبرا وجعل ثمنه في مثله.

فأجاب : إن المسألة فيها خلاف مذكور حتى عند الشيخ ميّارة فيما ذيَّل به شرح اللّامية، لكن العمل بما لابن الماجشون، كما في الجواب أعلاه، وقد نقله شيخنا بنّاني في حاشيته بما اقتضى اعتماده، فكان عليه المعوَّل، والله الموفق. (هـ)، تأمله.

وسئلت عن رجل له دار في شركة زوجة أبيه وزوجة عمِّه، فحبَّست زوجة أبيه حظها بأزيدَ من عامين وأرادت زوجة عمِّه تحبيس حظها أيضا فامتنع الرجل من شركة الحبس لما عليه من الضرر بعدم من يصلح معه، وأراد أن يباع كل من الحبُس الأول والثاني له أو لغيره، والفرض أن الدار لا تقبل القسم، فهل له ذلك وإن لم يتحد مدخله معها أم لا. الخ...؟

فأجبت : الحمد لله، لا يلزم الرجل بشركة الحبس الأول ولا الثاني وإن لم يتحد مدخله معهما للضرر الحاصل له بشركته، ويباع كل منهما ولا يضرُّه السكوت في تلك المدَّة حتى تنقضي عشرة أعوام بلامانع. ففي جواب للإمام سيدي عبد القادر الفاسي بعد كلام في المسألة ما نصه : فإذا تقرر هذا فقول ابن الماجشون هو جواز الإقدام على تحبيس الجزء المشاع مطلقا انقسم أم لا، وعدم التوقف على إذن الشريك، فإن رضي بذلك الشريك فظاهر أنه يبقى شريكا في الحبس أو يبيع وحده أيضا على الإشاعة إن شاء، وإن لم يرض بيع ويجبر على جعل الثمن في مثله، وعلى هذا القول استمر عمل فاس ونفذت به أحكام قضاتها، ثم إنه يطلب في بيعه استقصاء الثمن، ولعل ما يفعله الناس من تقويم أرباب البصر إنما هو محافظة على استقصائه والله أعلم. (هـ)، وأصله في المعيار، ونظمه ولده أبو زيد الفاسي بقوله :

وَوَقفُ جُزْءٍ شائع لا ينقسِمْ ... مِن غيْر إذن من شريكه عُلِمْ
وَحيْث لمْ يرض يباعُ والثمن ... في مثلِهِ يُجعَل جَبْراً حيث عنّ
واستُقصِي الثمنُ بالتقويم ... وللشريك البيع بالتعْميم

والدليل على عدم اشتراط اتِّحاد المدخل قول ابن سلمون : يجوز تحبيس الجزء المشاع، قال ابن حبيب : فإن كان ممَّا ينقسم قسم، وما كان من ذلك ممَّا لا ينقسم بيع، فما أصاب الحبُس من الثمن اشتُري به ما يكون حبُسا فيما سبَّله فيه. (هـ). قال الشيخ التّاودي بعد نقله في شرح التحفة : وقولها : بيع أي جميع الربع كما في الواضحة عن ابن حبيب، ومحله، والله أعلم إذا دعا الشريك إلى ذلك أو كان للمحبس التصفيق وإلا بيع نصيب المحبس فقط، وجُعل في

غيره. (هـ). فقوله وإلا بيع...الخ. أي وإلا يكن للمحبس التصفيق بأن لم يتحد مدخله مع الشريك بيع الجزء المحبس فقط فهو صريح فيما قلناه. ومثله أيضا في التنبيه الأول عند المحقق السجلماسي في شرح الأبيات المذكورة،ونصه: ما سبق في جواب ابن الحاج وابن داود وغيرهما من التصريح فيما لا ينقسم بأن جميعه يباع، هو ظاهر ما نقل ابن سهل عن ابن الماجشون، ولكن ينبغي تقييد ذلك بما إذا أراد الشريك أن يبيع نصيبه بيع الصفقة مع توفر الشروط،وهو قول الناظم : وللشريك البيع بالتعميم. وأما إذا لم يرد بيع نصيبه وإنما قام لرفع الضرر عنه وإزالة عيب مشاركة الحبُس، فلا يباع إلا نصيبُ المحبس فقط،وهو المراد من قول الناظم : وحيث لم يرض يُباع،أي حيث لم يرض شركة الحبُس يباع يعني الحبس وحده، قف على آخره. وأما الدليل على أن سكوت الشريك هذه المدَّة لا يضر، فقول الإمام العبدوسي حسبما في المعيار في جواب له،ونصه : وأما الشركاء إذا قاموا بضرر التحبيس، فمن كان منهم رشيدا بالغا وسكت عشر سنين حدًّما يجاز فيه الضرر على المشهور سقط كلامه ولا مقال له، ومن هو صغير أو محجور كان له المقال والقيام بالضرر...الخ، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

قلت : اختلف في تصفيق الورثة على الموصى لهم بالثلث حبسا، فمنعه ابن اسماعيل،وأجازه ابن داود وغيره،ويجعل الثمن في حبُس آخر. قال التسولي : والمعتبر المعمول به هو ما لابن داود وابن الحاج، إلا أنه غير مقيد بما يقبل القسمة وغير خاص هنا بمسألة الوصية المذكورة، بل كل ما لا ينقسم أو ينقسم يباع ويجعل ثمنه في حبُس آخر كما في الشارح وغيره. (هـ).

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عن حبُس مسجد صار يعطَى منه الإمام زيادة على ما عين له دون المؤذن ومعلِّم الصبيان وغيرهما من قومة المسجد، فلم يُزَد لهم شيء على ما عين لهم حتى الآن أراد معلِّم الصبيان الزيادة أيضا أو دخول من لا صبي له معهم.

فأجاب : إنه حيث كان حبُس المسجد معلوم الموارد فلا يجوز نقل الأحباس عن سننها ما دام المحبَّس عليه محتاجا كما في أجوبة الفاسي عن ابن الإمام

وغيره. وفي المعيار عن سيدي عبد الله العبدوسي ما نصه : وإنما يجوز إحداث مرتَّب أو الزيادة في مرتَّب قديم من فضلة الأحباس إن كانت من أحباس الملوك اتفاقا على طريقة بعضهم، أو من أحباس عامة الناس على الاختلاف، بشرط اتساع غلاتها والأمن من الاحتياج إليها في الاستقبال، والأصح الجواز، وعليه أكثر الرواة، وهو الأظهر في النظر والقياس، لأن إنفاق الوفر في سبيل الخير أنفع للمحبس وأنمى لأجره وأكثر لثوابه، وعليه اعتمادُ المتأخرين، سيما قَوَمة المسجد من إمام ومؤذن فإنهما من مصالحه كما حتى في الدُّر النثير، وكل ذلك كما قدمنا مع الاتِّساع والأمن من الاحتياج حالا ومآلا وإلا مُنع اتفاقا، فإن أخذ الإمام أو غيره أكثر مما يجب له رده كما في تكميل ابن غازي في إمام عن المشدالي وغيره، ومعلم الصبيان حيث لا منفعة فيه للمسجد يأخذ ما عين له فقط، فإن لم يكفِهِ كان تمام شرطه على من له صبي لا على من لا صبي له، لأن أجرة التعليم كما لابن عمر على الرسالة إنما تجب على من له صَبي وهو واضح. (هـ).

وسئل أيضا عمن لا يدخل المسجد ولا يصلي فيه، فهل له نظر في إمامه ومؤذنه وغيرهما من قومته ؟

فأجاب : إنه لا نظر له، وإنما الكلام في ذلك للناظر الذي ارتضتْه الجماعة ووافق عليه القاضي كما أفاده المعيار، ونقله ابن يونس عن ابن حبيب أن أهل كل مسجد أولى بإمامته، إلا أن يحضرهم الوالي موافقا لهم. ومُراده بأهله القائمون به الملازمون لجماعته، الدائبُون عنه. لا من لا يدخله أصلا أو تقللا، فإن حكمه حكم الطارىء، ومنصوص عليه أنه لا كلام له. (هـ).

وسئل أيضا عن جزاء عقدته الجماعة على مسجدها دون قاض ولا ناظر.

فأجاب : حيث لم يعقده القاضي ولا ناظره كان عُرضة للنظر من القاضي أو ممَّن له فيه النظر، فإن بدت خيبته وسوء ما فعلته الجماعة فيه رُدَّ وإلا أُمْضيَ بناء على ما رجَّحه البرزُلي من أن من فعل فعلا لو رفع إلى القاضي لم يفعل غيره فإنه يكون كأنّ القاضي فعله، كما للمواق في تاجه، وبه أفتى الفاسي حسبما في أجوبته. (هـ).

وسئل أيضا عن مناقلة دون مطالعة القاضي.

فأجاب بأنه وقع فيها نزاع بين من قرب زمانه من علماء فاس، فأفتى سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي ومن وافقه بأنها غير تامّة،إذ لا بد من نظر القاضي، وأفتى آخر قضاة العدل سيدي العربي بردلة بأنها نافذة ماضية لوقوعها على السداد. قال : ويبعد كل البعد أن تكون مطالعة القاضي من الأمور التعبُّدية وإنما هي معقولة المعنى، وإذا كانت معقولة ووجد ذلك المعنى الذي هو المقصود منها فلا يبقى للفسخ محل، ووافقه من وافق الأول القاضي سيدي أبو مدين قائلا : إنه يتأكد النظر في شأنها الآن، في كلام طويل في مناقلة قديمة تطاول أمرها، والظاهر النظر في هذه المناقلة الواقعة الآن من الواقف حيث لم يطل أمرها من قاضي بلدها، فإن كانت فيها مصلحة للحبُس بيِّنة أمضاها،وإلا ردَّها على نهج ما قاله سيدي العربي ومن وافقه،والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عن مناقلة دفع فيها عقار كان اشْتُري للحبُس من وفره.

فأجاب : إنه كغيره كما للبرزلي عن ابن رشد وعن نفسه (أي البرزلي) أنه أدنى، كما كل ذلك في مجالس المكناسي،بناء على ما جرى به عمل المتأخرين مس الشراء بالوفر كما عليه المكناسي، وبه أفتى ابن رشد : وحيث قلنا بالمعاوضة على ما به العمل بفاس وغيره، فلا بد من حكم القاضي بعد أن يثبت أن الحبُس لا منفعة فيه أو فيه منفعة قليلة، قاله ابن رشد. وفي ابن سلمون عنه ونقله الفاسي في أجوبته أنه سئل عن قطعة محبَّسة على رجل وهي متَّصلة بباب ضيعة لرجل آخر وهي لا تنفك غالبا من أذى أهل الدار، ولا حيلة في كفِّ الأذى عنها، ويذهب صاحب الحبُس إلى أن يعاوضه صاحب الضيعة بمكان غيره بسبب هذا الأذى فقال : إن كانت هذه القطعة قد انقطعت المنفعة منها جُملة لما ذكرت فلم يقدر على اعتمارها وبقيت معطلة لا فائدة فيها لعدم القدرة على دفع هذا الضرر، فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان غيره يكون حبسا مكانها على ما قاله جماعة من العلماء في الربع الحبُس إذا خرب،ويكون ذلك بحكم القاضي بعد أن يثبت عنده السبب المبيح للمعاوضة والغبطة للحبس...الخ، فما أقربه لقضيتنا وأخفّها منه بكونه

اشترى من الوفر على ما للبرزُلي ولبعض القضاة أنه جرى العمل بمناقلة أرض الحبُس بما هو أنفع منها وأحسن لا بمثلها. (هـ).

وسئل أيضا عمن بيده فدان أقر أنه حبس من أسلافه على أعقاب الذكور لكن بشاهد واحد.

فأجاب : إن مسألة الإقرار بالحبس تكلم عليها في الدُّر النثير وفي اختصار المتيطية وفي ابن سلمون لكن في كامل الثبوت، وأما في ناقصه كما هنا فالظاهر أنه من أفراد قول المتن : وإن تعذر يمين بعض الخ... وفي المسألة اضطراب كما في أجوبة الفاسي وغيرها فقال ابْنُ المواز : إنها مما لا يصح فيها اليمين، قال: وهو الذي يقوله أصحابنا، وقال غيره : إن هذا مما يكون فيه اليمين مع الشاهد، ثم اختلفوا في كيفية ذلك، والذي عزاه اللخمي لبعض شيوخه وقال : إنه أقيس، وعزاه المازري للبعض الشيوخ القرويين. وقال ابن عبد السلام : إنه رجحه غير واحد، أنه إذا شهد شاهد واحد بالحبُس على العقب، فمن حلف ممن حضر ثبت نصيبه في الحبُس، ومن نكل سقط حظه وردَّت اليمين على المشهود عليه، فيحلف على رد شهادة الشاهد ويَبْرأ. قال ابن مرزوق في شرح المختصر : وحمل كلام المؤلف على هذا أرجح من حمله على أن من أمكنت يمينه إذا حلف ثبت الوقف للجميع. (هـ).

وسئل أيضا من شفشاون عن غرسة معروفة لمسجدها الأعظم سمع من إمامها أنها حبُس على المسجد المذكور، ووجد ذلك بخط من كان قبله وقامت بيِّنة بالسَّماع بذلك.

فأجاب : إنها شهادة عاملة لازمة لهذا المقر ولمن أدلى به، ويحمل من ذلك ما تحمل حتى يظهر خلافه حسبما للدُّر النثير عن ابن الحاج في إقرار الحائز لحبُس، والبيِّنة بالسماع منه مزلفة له وإن كانت لينة، ويؤيد إقراره ما وُجد بخط من قبله في حوالة المسجد المذكور وهو المقتدى به سيدي علي الشريف صاحب النَّوازل من أن الغرسة المذكورة حبُس على المسجد المذكور، وهم، والله أعلم، بدخوله

دخلوا، ومن عرف وجه دخوله لا تنفعه حيازة على غير الحبس كما لابن رشد وغيره، فكيف على الحبُس الذي طول الحيازة لا تنفع معه، كما لابن رشد وغيره أيضا، وعليه الفاسي في أجوبته وغيره، هذا إذا كان الحائز لهذه الغرسة يدَّعي ملكية لا حوزاً مجرَّدا فإن تمسكه لا ينفع كما في الحطّاب عن التوضيح، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عن قُبة كانت للصلوات الخمس قديما ثم اندرست وأراد قائم أن يجعلها محلا لقراءة الصِّبيان بشرط أن يغير بابها.

فأجاب : إنه يجوز تغيير هذا الحبُس إلى وجه آخر مع بقاء معالمه الدَّالة على أصله وإن تغيَّر بابه، لأن شبه المصرف مثله إن تعذر عند ابن عرفة وغيره، ومن أدلته عندهم ما للباجي، ونصه : مسألة، ولو كانت أرض محبسة لدفن الموتى فضاقت بأهلها، فأرادوا أن يوسعوا ويدفنوا، وبجانبها مسجد فأرادوا أن يدفنوا فيه ميتا فلا بأس بذلك، وذلك حبس كله، قاله ابن الماجشون. وقال أصبغ عن ابن القاسم في مقبرة عفت: فلا بأس أن يبنى فيها مسجد، وكل ما كان لله فلا بأس أن يستعان ببعضه على بعض، ووجه ذلك هو ما أشار إليه إذا كان الحبُسان لله تعالى مما لا يتعلق به حق لغيره فلا بأس أن يصرف بعضه إلى بعض على الوجه الذي ذكره من نقل المقبرة إلى المسجد، ويدفن الميت في المسجد على سبيل التَّوسُّع به، فأما ما كان للمخلوقين من الحقوق فلا يصح لأنه من باب البيع، لأنه ينقل منفعة أحد الجنسين من مالك إلى مالك غيره، وفي مسألتنا لا ينتقل من مالك، وإنما ينتقل من وجه منفعة إلى وجه آخر، وهو كله لله عز وجل، قاله أبو علي في شرحه، وتأمل توجيهه غاية. (هـ).

وسئل أيضا عن إصلاح مسجد خيف عليه السقوط من وفره أو من غيره إن عجز عنه وفره.

فأجاب : إن إصلاحه من وفره واجب إن كفى وإلا فعلى الجماعة كما للأبي وغيره لإفادته، والقائم بذلك حِسْبَة، مأجور، والناظر تجب محاسبته على ما دخل بيده وخرج منها، وهو مصدَّق فيما يشبه، لأنه من الأمناء، ولا يجوز ترك ذلك

هملا من الجماعة ولا ممَّن ولّاهم الله أمره. ثم وقفت على جواب طويل لابن مرزوق مذكور في نوازل المعاوضات من المعيار، ونص المراد منه: وفي الحاوي مما سئل عنه ابن أبي زيد : هل يجبر من تهدَّم مسجدهم على بنائه ؟ فأجاب : إن لم ينوه أثموا ولا يُقضى عليهم به، وفيه بحث طويل. (هـ).

وسئل أيضا عن تصحيح ما أفتى به غيره من جواز إصلاح أسوار البلد ممَّا جمع من أحباس مكَّة،

فأجاب : إنه صحيح آت على ما به الفتوى، عملا بما رواه ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم، وبه قال ابن الماجشون وأصبغ. وإن ما أريد به وجه الله تعالى فلا بأس أن يُصرف بعضه في بعض، كما أجاب به القوْري المذكور في أجوبة الفاسي، وفي الاستنابة للمسناوي وفي غيرهما، ونظمه صاحب العمل المطلق بقوله :

وقد أجازوا صرف فائد الحُبُسْ   في غير مصْروف لهُ في الأندُلسْ

وعليه العقباني كما لمن ذكر، ولا يخالفه ما في الفائق عن ابن الحاج قال : ما جهل سبيله من الأحباس أفتى ابن القطّان بوضعه في بناء السُّور، بخلاف ما علم سبيله، لأنه، والله أعلم، مبني على ما للقرويين، وهو خلاف ما عليه الأندلسيون الذي به العمل، ورجَّحه غير واحد. وأيضا كما في أجوبة الفاسي بقاء فضلات الأحباس المستغنَى عنها موفَّرة، عُرضة لتلفها وإمداد الأيدي العادية إليها وقطع لأجرها عن المحبس، إذ هي صدقة، والصدقة لا ينتفع صاحبها بها إلا بإيصال نفعها إلى المحتاج إليها. (هـ).

وسئل أيضا عمن تصدَّق على مسجد بأصل ذي ثمر وحيز عنه، ثم بعد سنة ادَّعى أنه إنما تصدق بالغلَّة لا بالأصل، فهل القول قوله بلا يمين أو بها ؟

فأجاب : إن المشهور عدم اليمين في دعوى التَّبرُّع ولو مع تحقيق الدَّعوى ما لم يكن بيد المدَّعي كما في التحفة وغيرها، قاله أبو علي في شرحه وحاشيته، ونحوه لغيره، وعليه عوَّل الحطّاب في التزامه بعد نقله له عن الرعيني وابن عرفة. (هـ).

وسئلت عمن حبَّس على ولديه فلان وفلان وأولادهما الذكور ما تناسلوا جميع الفندق بمحل كذا والأروى والطراز المتَّصليْن به، ولا تدخل الطبقة السفلى مع العليا ولا الأنثى مع الذكر الخ... فتصرف فيه الولدان مدَّة ثم مات أحدهما عن أولاد فأراد عمهم الاختصاص بالحبس عملا بقول المحبس لا تدخل الطبقة السُّفلى مع العليا، وأراد الأولاد أن يتنزلوا منزلة أبيهم، لأن ذلك لا يمنعهم من قيامهم مقام أبيهم بعد موته وإنما يمنعهم من الدخول وقت حياته، فهل لهم ذلك أو لا ؟

فأجبت : الحمد لله، لا إشكال في أن أولاد الهالك المذكور يدخلون مدخل أبيهم ينتزلون منزلته على الراجح المعمول به،ونظمه في العمل المطلق بقوله :

وإن يك الوقف على أولاد ثم بنيهم فبني الأحفاد
دخل فيه ولد الولد معْ أعمامه خلاف من ذاك منعْ

قال في شرحه: ذكر الإمام الحطّاب عند قول المختصر : وعلى اثنين وبعدهما على الفقراء الخ... مسألَةً سئل عنها فأجاب بجواب ذكره بطوله،نص المقصود منه : قد صرح علماؤنا فيما إذا أوقف على أولاده ثم أولادهم بأن الأبناء لا يدخلون مع آبائهم للعطف بثم، فإن مات ولد من أولاده وله أولاد فإن الأولاد يستحقون ما كان لأبيهم ويدخلون في الوقف مع وجود أعمامهم، ولايقال : إنأولاد الأولاد لا يدخلون في الوقف إلا بعد انقراض جميع الأولاد، هذا هو الصحيح المعمول به. وأفتى شيوخنا المتأخرون الذين أدركناهم من أهل مصْر وغيرهم بأن قول الواقف: الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى؛ إنما يمنع من دخول الولد مع أبيه، لا من دخوله أي الولد مع أعمامه ومن في طبقة أبيه. انتهى الغرض منه. ونقل المسألة بتمامها ولدُه سيدي يحيى في تأليفه أي في الحبُس. وكذا نقل ما قدمناه القاضي المجَّاصي محتجا به في جواب له وافق على صحته جماعة ممن عاصره. انتهى منه. وأشار للمسألة الزرقاني عند نص المختصر المذكور فقال : أخذ من هذه المسألة أن قول الواقف «تحجب الطبقة العليا منهم أبدا الطبقة السفلى»، معناه أن كل أصل يحجب فرعه لا فرع غيره أيضا، وكذلك في ترتيب الطبقات بكَثُمَّ كعلى أولادي ثم أولاد أولادي الخ... وكتب المحشي بناني على قوله : إن كل أصل يحجب فرعه فقط. ما نصه :

بهذا أفتى ابن رشد وخالفه عصريه ابن الحاج الخ... لكن ذكر شارح العمل الفاسي العلامة المحقق السجلماسي نقلا عن البرزلي أن اختلاف الشيخين هنا مبني على تقديم العرف أو اللغة في الأيمان، قال : والخلاف الجاري هناك يجري هنا، والراجح من الأقوال في الأيمان هو الراجح هنا، وقد علم أن المشهور من المذهب في الأيمان تقديم العرف. (هـ). فتبين بهذا أن المشهور والمعمول به أن أولاد الهالك يتنزلون منزلته، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي محمد لطف الله به.

وسُئِلْتُ أيضاً عمن حبَّس على أولاده وأولادهم الذكور فقط ديارا وأجنات وعراصي بفاس ثم انقرضوا (أي الذكور) المحبس عليهم، فوجد ثلاث حفيدات للمحبس وجماعة ذكور وإناث من أبناء عمِّه، فاصطلحوا على أن للحفيدات الثلثين في الحبس وللجماعة المذكورين الثلث فيه، ثم بعد الصلح أثبت الجماعة المذكورون بالبيِّنة أن الحفيدات غنيات، وأنهم (أي الجماعة) فقراء الخ...

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت بالبيِّنة الشرعية أن الحفيدات أعلاه من أهل الغنى واليسار فلا حق لهن في مرجع الحبس، ولو كنَّ أقرب إلى المحبس من غيرهن، بل يختص به الفقراء من الذكور والإناث غيرهن، لأن الفقر شرط صحة في استحقاق المرجع، لا في حق الذكور ولا في حق الإناث، فحيث انتفى الشرط فيهن فلا شيء لهن في المرجع. هذا الذي اعتمده الشيخ الرهوني في حاشيته تبعا لأبي علي بن رحّال في شرحه. وأفتى به أيضا سيدي العربي الزرهوني حسبما في نوازله، ونصه : إن عقب المحبس إذا انقرض فإن الحبُس يرجع لأقرب فقراء عصبة المحبس، وامرأة لو رجِّلت عصَّبت كبنت ابن الابن للمحبس، فتدخل في مرجع الأحباس هي والحفيد من ابن العم إذا كانا فقيرين، والذكر كالأنثى، وإن ساوت عاصبا موجودا كما في التوضيح والشارح والمتيطي، وهو قول مالك في الموازية، ونقله المواق مُسَلَّما. قال في المجالس : وبه وقع الحكم، وعليه صاحب العمل المطلق. انتهى الغرض منه. ونقل أبو علي في شرحه عن اللخمي ما نصه : يرجع الحبُس إلى أقرب الناس بالمحبس، رجالا كانوا أو نساء إذا كانوا فقراء، فإن كانوا أغنياء فأقرب الناس إلى هؤلاء الأغنياء الخ...

وقال اللخمي بعد ذكره بعض كلام على النساء ما نصه : الأصوب أن تُعطى الأقارب من النساء إن كن فقراء الخ... ثم قال بعد كلام،وقول المتن لأقرب فقراء عصبة المحبس الخ... ظاهره أن لا مدخل فيه لغني مُطلقا كان يسكن أو يغتل، وقد رأيت تشهيره،وظاهره قال في حبسه : إنه على فقراء بني فلان مثلا أو على بني فلان بلا وصف الفقر، وهو كذلك أيضا كما رأيته،وإن وقع في هذا خلاف الخ... وفي هذا كفاية والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به آمين. ثم إن الحفيدات المذكورات أثبتن بعدلَيْن ضعفهنَّ، وأنّ سبب غناهنَّ إنما هو تصرفهُنَّ في ثلثي الحبس المذكور بحيث لو نزع الحبُس من أيديهنَّ لم يبق لهنَّ ما يكفيهنَّ لضرورياتهنَّ الخ... فأفتى بعض أهل العصر بما هذا نصه : الحمد لله، حيث ثبت بالبيِّنة الشرعية المفيدة أعلاه فقر الحفيدات المشهود لهنَّ أعلاه بذلك فلا مانع لهنَّ من الدخول في مرجع الحبُس،بل تجب البداية بهنَّ فيأخذن ما يكفيهنَّ من غلة الحبُس،والباقي يأخذه فقراء العصبَة لقربهم وضيق الحبس عن كفاية الجميع،لقول أبي المودَّة : فإن ضاق قِدم البنات الخ... ولقول صاحب الفتح الرباني عن التاج ما نصه : قلت : فإن كان ثم من عصّبت من النساء وثَم عصبَة معها أي من الرجال والنساء أقرب. قال ابن القاسم : قال مالك: يدخلون كلهم إلا أن لا تكون سَعَة فليبدأ بإناث ذكور ولده على العَصَبَة. (هـ). ولقوله أيضا على الشارح ما نصه : واعلم أن الأقسام ثلاثة: مشاركة في السَّعَة والضيق إذا تساوى النساء مع العَصَبَة كأخ وأخوات، وعدم مشاركة في الضيق والسَّعَة إذا كان النساء أبعد من العصبة كأخ وعمَّة. ومشاركة في السَّعَة دون الضيق إذا كان النساء أقرب. (هـ). ولا شك أن مسألتنا من هذه، لما علمت أن الحبس لا يكفي الجميع وأن النساء أقرب، فالواجب على هذا أن البنات المذكورات يأخذن كفايتهنَّ من الحبس، والباقي يُعطىَ للعصبة،وهذا بعينه هو معنى الصلح الواقع بينهم قديما بأخذ الحفيدات الثلثين والباقي لغيرهن، فلا سبيل إلى نقض الصلح المذكور بحال لموافقته الحكم الشرعي لما علمت، فالفتوى بغير هذه التي بيد ماسِكِه مبنية على أن الحفيدات

أغنياء، وقد علمت أن الأمر بخلافه،فهنَّ غنيات بالحبُس،فقيرات بنزعه منهنَّ، فلا منافاة بين البيِّنتين، ويدل على هذا إقرار من كان له الأحكام الشرعية قبل هذا الوقت، وكان من أهل العدل الخصمين على الصلح المذكور وتعيينه من يقاسم على الفريقين، فلولا أنه ثبت لديه فقر الحفيدات لمنعَهنَّ من الدخول في المرجع أصلا، فضلا عن أن يقرهنَّ على الثلثين، فالتعرض لنقض الأحكام فتح لباب يعسر أو يتعذر سدُّه، والله تعالى أعلم. وقيده الخضر السلاسي لطف الله به. (هـ).

وأجبت عن ذلك بما نصه :الحمد لله، لا مزيد على ما كتبناه في النازلة قبل هذا، وأما الشهادة أعلاه التي استند إليها المفتي أعلاه بأن الحفيدات المشار اليهنَّ باديات الإقلال، ضعيفات الحال، لا يعلم لهنَّ ما يكفيهنَّ لضرورياتهنَّ الخ... فباطلة لأمرين : أحدهما أن الأئمة نصوا على أنه لا يدخل في مرجع الحبُس إلا من كان فقيرا، والفقير هو الذي لا مال له، والشهادة المذكورة لا تفيد هذا المعنى. ثانيهما : على تقدير أنها تامَّة فهي معارَضة ببيِّنة الغِنى التي هي مقدمة عليها. قال الزرقاني على قول المختصر : «ورجحت بيِّنة الملإ إن بينت»، ما نصه : والذي جرى به العمل تقديم بيِّنة الملإ وإن لم تبيِّن الخ... ومثله في الأجهوري والمتيطي، ونظمه في العمل المطلق، أنظره،والله أعلم. وقيَّده المهدي لطف الله به.

وأجبت أيضا عما يظهر من الجواب،ونصه : الحمد لله، من المعلوم المقرر أن الفاظ الواقف تُتَّبع ولا يجوز الخروج عنها، وعليه،فحيث شرط المحبسُ في حبُسه بيع من لحقه الفقر والخصاصة، وثبت أن الشريفين سيدي ابراهيم وسيدي المهدي موصوفان بما ذكر، فإنه يسوغ لهما بيع ما يدفعان به الخصاصة عن أنفسهما بعد أن يحلفا على ذلك. قال المتيطي : فإن شرط الواقف في حبسه أن من احتاج من الموقوف عليهم باع الحبُس وانتفع به جاز ذلك، وعلى من ادَّعى الفقر والحاجة أن يثبت ذلك ويحلف أنه لا مال له ظاهرا ولا باطنا،وحينئذ يمكن من بيعه إلا أن يشترط الواقف أن من ادَّعى منهم حاجة فهو مصدَّق فيصدَّق حينئذ، ويكون له البيع بدعواه الحاجة. (هـ). ومثله قول ابن فتوح في وثائقه ما نصه : وإذا اشترط

المحبسُ في حبُسه أن لمن احتاج من بنيه بيع حصته نفذ شرطه، وعلى من ادَّعى من بنيه أو بني بنيه أو من رجع إليه بعدُ حاجةً أو فقراً أن يثبت ذلك بما يجب ثبوته، ثم يحلف أنه لا مال له باطن يكتمه ولا ظاهر يعلمه، فحينئذ يبيعه إلا إن اشترط المحبس أن من ادَّعى منهم حاجة فهو مصدّق، فيصدّق حينئذ من ادَّعى منهم حاجة ولا يثبتها. (هـ) والحاصل أنه لم يظهر وجه لمنع هذين الشريفين من بيع حقهما في الحبس، وعليه فيخلى بينهما وبين ما يريدان من بيعه، عملا بما اشترطه المحبس في حبسه. قال الزرقاني على قول المختصر في الحبس : واتبع شرطه إن جاز، ما نصه : لأن ألفاظ الواقف كألفاظ الشارع في وجوب الاتباع، وأراد به أي بالجائز ما قابل المنع، فيجب اتباعه ولو كان مكروها متفقا على كراهته. (هـ). وكون كل من الشريفين يملك موزونة في الدار التي بها سكناهما لا يخرجهما ذلك عن اسم الفقير قطعا ولو كانت من دور الملوك، إذ لو فرضنا بخرق العادة أن هذه الدار فيها أربعون بيتا مثلا فغاية ما اسقطته هذ الموزونة حاجة السكنى، وأين ما عداها من اللوازم كالأكل واللباس وغيرهما من الضروريات. ولذا قال شراح المختصر : تعطى الزكاة لمن له دار وخادم وفرس، أي لأن ذلك كله لا يخرج به عن اسم الفقير شرعا، فكيف لمن يملك موزونة فقط، وهذا كله ضروري، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئلت أيضا عن رجل عقب دار سكناه على أولاده وأولادهم ما تناسلوا، ثم مات عن أولاد ثلاثة من إماء ثلاث وترك عليهم وصيا فقسم التركة بينهم عدا تلك الدار بقيت على حكم التحبيس، واستمر الأمر على ذلك سنين عديدة وآماداً طويلة، فمات أحد الأولاد الثلاثة وأوصى بثلث متخلفه لولد عمِّه الموصَى له ثلث متخلفه عدا تلك الدار سلم أنها حبس، ثم بعد مدَّة اطلع على رسم الحبُس فوجده خاليا من الحوز، وطلب أن يدخل في الدار المحبسة لزعمه بطْلان الحبُس بفقد الحوز مع أنه سلمه، فهل له ذلك أم لا ؟

فأجبت : الحمد لله، قال سيدي عمر الفاسي في شرح التحفة نقلا عن ابن رشد : وأما إذا تصدق في صحته ولم تحز الصدقة عنه حتى توفي، فاختلف

هل تدخل الوصايا فيها أم لا على قولين : أحدهما : أنها تدخل فيها وهو قول في هذه الرواية، ووجه ذلك أنه لما أمسكها ولم يحوزها حمل على أنه أراد إبطالها فوجب أن تدخل فيها الوصايا. والقول الثاني : أنها لا تدخل فيها الوصايا، وهو قول مالك في الموطّأ ورواية يحيى، ورواه عنه ابن وهب أيضا.وهو قول ابن كنانة، قال : لأنها صدقة للمتصدق عليه بها حتى مات. وإنما ردها القاضي بعد الموت والحكم بالتهمة. (هـ). ولا يخفى أن القول الثاني هو الراجح لعزوه إيّاه لمالك في الموطّأ، ولرواية يحيى وابن وهب عنه ولابن كنانة، ولم يعز الأول لأحد،ويدل على ترجيحه أيضا قول صاحب المعيار في نوازل الوصايا ما نصه : قالوا فيمن وهب شيئا ثم لم يحوزه حتى مات وأوصى بوصايا، هل تدخل في ثلثه هذه كال علم به أم لا ؟ ففي سماع عيسى من المستخرجة عدم الدخول، وبه أفتى ابن عتاب،أو ينظر إن كان مثله يجهل إبطال الهبة. ونزلت في تركة ابن عرفة فاختلف فيها طلبته. فقال بعضهم:كال لم يعلم به، وقال آخر:تدخل فيه الوصايا لأن مثله أي ابن عرفة لا يجهل ذلك فخرج الحكم بهذا. (هـ). وعليه فإن بنينا على القول الأول فلا إشكال، وإن بنينا على القول الثاني فكذلك، لأن المحبس هنا ممن يجهل ذلك لكونه من العوام، قال الشيخ ميّارة : والظاهر أن هذا الخلاف الذي ذكروه فيما بطل من الهبات يجري فيما بطل من المحبّسات،ولا فرق بينهما،والله أعلم. (هـ).

وظهر بهذا أن هذا الموصى له لا دخل له هنا في الحبُس. أما أولاء فإن الراجح من النقل عدم الدخول كما قررناه. وأما ثانيا : فإن هذا الموصى له قد سلم تحبيس الدار بعدلين فكيف ينازع في صحته الآن، وكان حقه أن يتثبت قبل التسليم، حتى قال الحطّاب نقلا عن البرزلي في نحو النازلة : وهذا باب عظيم،إن فتح للخصام بطلت به حقوق كثيرة وبيِّنات محققة، وسدُّ هذا الباب واجب الخ... قال الحطّاب بعد نقله : ويشهد لما قاله نوازلٌ متعددة في أجوبة ابن رشد، والله أعلم. (هـ). وأما ثالثا : فإن تحبيس الدار قديم وهو محوز بيد أربابه، فلا يبطل باختلال شرط في رسمه. قال الفقيه النوازلي سيدي العربي الزرهوني في نوازله : نصوا على أنه إذا طلب الخصم أخذ نسخة من رسم حبُس قديم لعله يجد

فيه اختلالا أو نقصًا فإنه لا يمكن من ذلك، لأنه لو وجد فيه شيء من ذلك ما ضرَّ ولا أثَّر، لأن كونه محوزا على وجه الحبُس السنين العديدة والآماد المديدة هو الذي يثبت به التحبيسُ ولا عليك في الرسم. وفي أجوبة القاضي بردلة : الحبُس المعقب الذي بيد العقب يحوزونه على وجه الحبُس لا يبطله وجود رسم غير مستوف للشروط الخ... والله أعلم. قاله وقيَّده المهدي لطف الله به.

وسئل العلامة النوازلي سيدي عبد الرحمن الحائك عن رسم حبس قديم ينيف على المائتي عام فيه ما يريبه تعارضت فيه الأنظار، أفتى غير واحد بصحته ممن عاصر وممن تقادم.

فأجاب : إن ما سطر فيه من الأجوبة بصحته صحيح لا غبار عليه، ولا يلتفت لما عارضه من القوادح، لأنه وقع كلام في شكيله من شيوخنا الفاسيين وغيرهم، فوقع التفصي بصحته إن كان محازا محترما بحرم الأحباس، كما في خط شيخنا على الإطلاق،المحصل سيدي محمد أي التاودي بن الطالب ابن سودة ونص خطه : إن كانت الأملاك محوزة بيد مالك لها متصرف فيها على وجه الملك وأريد إثبات تحبيسها بالنسخة أعلاه فلا يصح ذلك ولا يثبت كما ذكر أعلاه. وإن كانت الأملاك المذكورة محوزة على وجه الحبس ومحترمة بحرمته لا تباع ولا تورث منذ تاريخ الرسم أعلاه هذه مائتا سنة وخمس وعشرون سنة، وأريد إبطال تحبيسها لخلل الرسم المذكور، فهذا مما لا ينبغي أن يلتفت إليه كما قاله بعض الشيوخ فيما هو أقل من هذه المدَّة. (هـ). وهو كلام حق وافقه عليه من وافقه من شيوخنا، ولا يخالفه ما في أجوبة ابن رشد، ونصه : لا يجب القضاء بالحبس إلا بعد أن يثبت التحبيس وملك المحبس لما حبس يوم التحبيس، وبعد أن تعاين الأملاك المحبسة بالحيازة على ما تصح به الحيازة، فإذا ثبت ذلك كله على وجهه وأعذر للمقوم عليه فالقضاء بالحبس واجب. (هـ)، لأن ذلك فيما كان محوز بيد الغير لا على وجه الحبس كما أبداه شيخنا (أي التاودي) رحمه الله ونفعنا بعلومه، وبه يقع الجمع

بينه وبين من قال بغيره، فيرد هذا الحبُس لأصله ويعمل بقول حائزه لا بقول طالب إرثه وقسمه لخلل في رسمه، لأن حوزه وحرمته أغنت وسدَّت خلله، سيما وثم ضمائم تعززه هي بيد حائزه تغبر في وجه مُريد كسره وإبطال حُرمته، فهيهات هيهات والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عمن بنى في أرض الحبس عن إذن من له النظر فيه.

فأجاب : إنه إن كان الوقف محتاجا إليه كان له أو لورثته استيفاء ذلك من غلته كما للزرقاني، وفي طرر الونشريسي عن المتيطي ما نصه : إن بنى المكتري من ماله ما ينتفع به بغير إذن رب الدار فعليه عند خروجه قلعه، إلا أن يأخذه ربها بغير شيء إن لم تكن له قيمة كالجص والنقش، وإن كانت له قيمة فبقيمته مقلوعا، وإن بنى بإذنه ففي كون قيمته كذلك قولان لابن القاسم ومطرف مع روايتها. (هـ). ونحوه في المجالس المكناسية. (هـ).

وسئل أيضا عن قسم أصول الحبس المعقب والتقارر عليه من الموجودين.

فأجاب : إن قسم أصول الحبُس لا يجوز، وإنما تقسم منافعه. نص عليه أبو الحسن في أجوبته بقوله : وإنما تقسم منافع الحبس، وأما الأصول فحق من يأتي باق فيها، واستظهره ابن هلال في دره ثم نقل عن المتيطي ما نصه : واختلف في قسم الحبُس قسم اغتلال وانتفاع فكرهه قوم وأجازه آخرون، وقد جرى العمل بقسمته لما في الإشاعة من التعطيل والتضييع. (هـ).

وسئل أيضا عمن حبَّس على الفقراء والمساكين على أنه إن احتاج أحد من أقاربه كان أولى من الأجانب، فأراد الأقرب الاستبداد عن القريب.

فأجاب :لا استبداد، ويؤثر ذو الحاجة ولو كان أبعد، نعم لو أوصى للأقرب فالأقرب، فضل الأقرب وإن كان أكثر يسارا، ولا يعطى الأقرب الجميع بخلاف الحبس، قاله ابن الحاجب، ونقله عنه المواق في باب الوصية. (هـ).

وسئلت عمن حبَّس نصف داره بفاس وقال : يكرى النصف المذكور،

ويشترى بكرائه السفنج ويُفرق على الفقراء والمساكين الخ... ثم إن ثلاثة من أولاده احتاجوا ولم يجدوا محلا للسكنى إلا بالكراء، وأرادوا أن يسكنوا في هذا النصف لكونهم فقراء ويترجحون على غيرهم لشدَّة قربهم من المحبس إذ هم أولاده، فهل لهم ذلك أو لا ؟

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت بالبيِّنة فقر أولاد المحبس فإنهم أولى بالحبس من غيرهم لجمعهم بين وصْفَى القرابة والفقر، إذ لا شك أن ذلك مرجح لهم عن غيرهم. قال المكناسي في مجالسه : مسألة، إذا حبَّس المحبسُ حبُساً على المساكين ومات وترك أولادا فاحتاج الأولاد، هل يعطى لهم من غلة الحبس شيء أم لا ؟ قلت : قال ابن أبي زمنين في المقرّبِ، ناقلا عن كتاب ابن حبيب عن ابن الماجشون : إن أولاد المحبس إذا احتاجوا هم أولى بالغلة إلا أنه يجعل طرف منها للمساكين لئلا يدرس الحبس. (هـ). وقال في النوادر: قال مالك وجميع أصحابه : إنه ينفق على ولد الرجل وولد ولده من حبُسه إذا احتاجوا وإن لم يكن جعل لهم في ذلك اسما، فإذا استغنوا فلا حقَّ لهم، واستحسن مالك أن لا يوهبوها إذا احتاجوا وأن يكون سهم منها جاريا على الفقراء لئلا يدرس، وقاله ربيعة ويحيى بن سعيد، وقد تقدم في باب قبل هذا في الحبس المبهم الذي لا مخرج له أنه يدخل فيه فقراء ولده مع الأجنبيين. (هـ). نقله بعض شراح المختصر، وقال الشيخ أبو علي في شرح المختصر نقلا على المجموعة، قال ابن كنانة : من حبَّس دارا على قومه وعشيرته يسكنها من احتاج منهم إليها من أهل بلده فبادر إليها جماعة منهم، فليس ذلك بالبدار، ولكن ينظر الإمام أحوجهم إليها وأقربهم قربا من الميت من أهل بلده الخ... فهذه نصوص صريحة في عين النازلة، وعليه فللأولاد أن يأخذوا كراء النصف المذكور ويسكنوا فيه بأنفسهم، ولا يعكر على ذلك قول المحبس: يؤخذ الكراء ويشترى به السفنج الخ... لأن السكنى فيه أولى لهم من قبض الكراء وشراء السفنج، وقد جرى العمل بأن النظر لقصد لا للفظ المحبس، ومقصوده هو الإحسان للفقراء والرفق بهم، وهذا كما يحصل بالطعام يحصل بالسكنى. قال أبو زيد الفاسي :

وروعي المقصود في الأحباسِ   لا اللفظ في عمل أهل فاسِ

لكن لا يمكن الأولاد من سكنى جميع النصف كما قال الإمام، أو يمكنون منه ولكن بعد الإشهاد عليهم أنهم فيه على وجه الحبس فقط خشية دعوى المِلك مع طول الزمان، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به.

واعترض هذه الفتوى بعض أهل العصر فقال : إن أولاد المحبس لصلبه لا يدخلون وإن كانوا فقراء، لأن من حبس في صحته وقال : ينفذ بعد الموت، فإن ذلك يكون في الثلث إن كان المحبَّس عليه غير وارث، كما في الوثائق المجموعة. وكذا في مرضه الذي مات منه، كما قاله مالك وأصحابه. فالورثة لا يدخلون، إذ لا وصية لوارث، لخبر : إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث. وفي المختصر، عطفا على ما تبطل فيه الوصية، ولوارث الخ... وفي التحفة : وامتنعت لوارث الخ... وأما الأحفاد فيدخلون ولا سبيل للسكنى، لأن لفظ الواقف نص صريح في المراد فلا يعدل عنه بحال. وبعد أن ذكر الشيخ الرهوني عند قول المتن : واتُّبع شرطه إن جاز الخ.. إن مذهب الأندلسيين هو الذي رجحه غير واحد، ومذهبهم أن النظر إلى القصد لا اللفظ، فإذا حبس على قرية فلا بأس أن يصرف إلى قرية أخرى، أي إن كان لذلك الحبُس غلة واسعة ووفر كثير، لأن المقصود هو الأجر، وهو حاصل بكل منهما. قال في التنبيه الأول : إنما يتصدَّر اختلاف اللفظ والقصد حيث لا يكون لفظ المحبس نصا صريحا في المراد. وأما إذا كان كذلك فلا، بل يجب اتِّباعه كما نص عليه ابن رشد ونقله عنه المحققون. كابن هلال في نوازله، والحطاب في التزاماته، وغيرهما، وقبلوه فانظره. (هـ). وفي شرح الرباطي للعمليات عند قولها : وروعي المقصود في الأحباس الخ... في التنبيه الأول ما نصه : لا يترك لفظ المحبس إلا حيث يكون ظاهرا في معنى يظهر من قرينة الحال أن المقصود خلافه، أما حيث يكون اللفظ نصا في المعنى بأن يكون دالا عليه لا يحتمل غيره قطعا، فيجب الوقوف عنده ولا يتعدى إذا كان مما يجوز شرعا، ثم استدل على ذلك بكلام المعيار، وما عقده ابن هلال أخذاً من كلام ابن رشد، ثم

قال : بل في كلام ابن رشد ما يدل على أن المحبس نفسه إذا قال : إنه أراد خلاف مدلوله الصريح في معناه، لم يقبل منه. فساق نصه، ثم قال : نقله الحطاب في التزاماته، وولده سيدي يحيى في كتابه المؤلف في مسائل الحبس، فانظره. قاله وكتبه جعفر بن ادريس لطف الله به. انتهى باختصار، ووافقه عليه بعضهم وأتى بكلام طويل لا محصول له، فلذا لم نكتبه.

فأجبت عن ذلك : الحمد لله، لا مزيد على ماسطرناه في النازلة قبل هذا، وقد أتينا على ذلك بنصوص صريحة لا يسع المنصفَ إنكارها. وقد نص شراح المختصر في باب الوقف وغيرهم أن الحبس صدقة، وفسَّر الأئمة به قوله ﷺ في الصحيح : إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية. الحديث أي مستمرة باقية بعد الموت وهي الحبس. ويدل لذلك أيضا رواية ابن ماجة عن أنس مرفوعا : سبع يجري للعبد أجرهن بعد موته وهو في قبره : من علم علما أو أجرى نهرا أو حفر بئرا أو غرس نخلا أو بنى مسجدا أو ورث مصحفا أو ترك ولدا صالحا يستغفر له بعد موته. (هـ). وإذا كان الحبس صدقة فقد حث الشرع على جعلها في الأقربين. ففي المواق عن ابن العربي : الصدقة على الأهل أفضل من الصدقة على الأجانب كانت فرضا أو تطوعا. (هـ). وفي الصحيح أن النبي ﷺ كان يأمر المتصدق أن يجعل صدقته في الأقربين كما في صدقة أبي طلحة رضي الله عنه. وفي التنزيل :﴿يسئلونك ماذا ينفقون، قل ما أنفقتم من خير فللوالدين والأقربين﴾ قال أئمة التفسير : إنما أجيبوا ببيان المصرف ولم يسألوا عنه، إشارة إلى أن السؤال عن المصرف كان هو الأهم لهم، لأن النفقة لا يُعتد بها إلا إذا صادفته وإلا كانت ضائعة. ووجه ترجيح الأقرب على غيره، كما قاله بعض الأئمة، ان قريب الإنسان جار مجرى الجزء منه، والانفاق على النفس أولى من الانفاق على الغير، فلهذا كان الانفاق على القريب أولى من الانفاق على البعيد.

وإذا تقرر هذا فنقول : لا يقدر أحد أن يقول بمساواة الأجانب مع الأقربين، فأحرى تقديمهم عليهم مع استوائهم في الفقر، سيما أخص الأقربين وهم أولاد الصلب. وقد نص الإمام العبدوسي كما في المعيار، ونقله غير واحد على أن ما

يغلب على الظن أن لو كان المحبس حيا وعرض عليه لرضيه واستحسنه يجوز إحداثه في الحبس. (هـ)، ونظمه الشيخ ميّارة في تكميل المنهج فقال :

للقصد جازَ فعل ما لو حضرا   موقفه رءاه أيضا نظرا

وبالضرورة أن المحبس لو كان حيا حاضرا لقدم أولاده على الأجانب، ولقدم السكنى لهم على شراء السفنج، فكذلك يفعل من ولّاه الله ويكون مأجورا على فعله إن شاء الله. وأما ما سطره المفتي حوله فغير جيِّد، وقد وقع له فيه اضطراب، تارة يجعل المسألة من باب الوصية وتارة من باب الحبس. وبيان ذلك أن قوله أولاد المحبس لصلبه لا يدخلون وإن كانوا فقراء إلى قوله : إذ لا وصية لوارث الخ... لا يظهر لوجوه : أولها ، أنه يقتضي بطلان حبس المريض بالثلث على أولاده ولو كان معهم الغيرُ، ويرده قول المدونة : من حبَّس في مرضه دارا على ولده وولد ولده، والثلث يحملها، ثم مات وترك أما وزوجة فإنها تقسم على عدد الولد وولد الولد. (هـ) بنقل الشيخ الرهوني فتأمله. وقال فيها أيضا : ومن قال: هذه الدار حبس على ولدي ولم يجعل لها مرجعا فهي موقوفة لا تُباع ولا توهب. (هـ). ونحوه في المختصر وابن عرفة. ثانيها ، أن ما نقله من نصوص الأئمة في بطلان الوصية للوارث كله موضوع في غير محله، لأن محله إذا وقعت الوصية لوارث، وما هنا لم يوص للوارث قطعا، وإنما أوصى للفقراء، فدخل أولاده في الوصية لضرورة الفقر اللاحق لهم بحكم مستأنف بمنزلة من تصدَّق بصدقة ثم اضطر، فإنه يأكل منها كما قال في المختصر : «وينفق على أب افتقر منها» أي من صدقته. وقد أشار الشيخ أبو علي بن رحال في شرح المختصر إلى هذا فقال على قوله: "فَضَّلَ المتولي أهل الحاجة الخ... مانصه : فإن استووا فقرا وغنى وغيرهما قدم الأقرب، وهذا لا يؤخذ من المتن هنا، نعم يلوح له قوله في المرجع، «ورجع إن انقطع لأقرب فقراء عصبة المحبس» (هـ). وقد ذكر الزرقاني أن الرجوع للأقرب هنا بحكم مستأنف، وأنه يقوم فيه أولاد الصلب على غيرهم. (هـ). ثالثها ، أن قوله أولاد المحبس لصلبه لا يدخلون الخ..، مخالف لقول النوادر المتقدم. قال مالك وجميع أصحابه : إنه ينفق على ولد الرجل وولد ولده من حبُسه إذا احتاجوا وإن لم يكن جعل لهم في ذلك إسما ، ولما تقدم أيضا عن

المجالس للمكناسي فكيف يجوز العدول عن هذه النصوص إلى القياس. وقد قال الحطاب : إن العمدة في كل مسألة على المنصوص فيها، والله أعلم. وأما قوله أيضا : أما السكنى فلا سبيل إليها لأن لفظ الواقف نص صريح في المراد الخ... ففيه أمور : أحدها، أن هذا رجـــوع للحبس بعد أن قرر أن المسألة من باب الوصية، وقد يجاب عن هذا بأنه لا منافاة بينهما. ثانيها أن لفظ المحبس هنا ليس من الصريح في هذا الباب الذي لا تجوز مخالفته، لأنهم قالوا فيمن حبس كتبا على محل، وشرط في تحبيسه أن لا يعطىَ إلا كتاب بعد آخر، أنه يجوز أن يعطى أكثر من واحد إذا كان الطالب مأمونا، ولا يكون شرطه صريحا بحيث لا يخالف حتى يزيد فيه، سواء كان الطالب مأمونا أم لا. (هـ). فكذا يقال هنا، لا يكون قول المحبس المذكور صريحا حتى ينفي دخول أولاده الفقراء والسكنى أيضا إن احتاجوا، بأن يقال : لا يشفع بها إلا بالسكنى خاصة دون غيرها، تأمله. ثالثها إن القيد المذكور وإن نقله الرباطي والرهوني فليس العمل عليه بل على خلافه. قال البرزلي : يراعى قصد المحبس لا لفظه، ومنه ما جرى به العرف في بعض الكتب المحبسة يشترط عدم خروجها من المدرسة، وجرت العادة في هذا الوقت بإخراجها بحضرة المدرسين ورضاهم، وربما فعلوا ذلك بأنفسهم، ونظمه أبو زيد الفاسي فقال :

وروعي المقصود في الأحباسِ لا اللفظ في عمل أهل فاسِ
ومنه كتب حُبست تقرأ في خزانة فأُخرجت عن موقف

ولا شك أن هذا من مخالفة الصريح بل والشرط أيضا، وإذا جاز مخالفة ما فيه شرط لكونه موافقا للمقصد فتجوز مخالفة ما لا شرط فيه كهذه النازلة بالأحرى، وكما جاز مخالفة الصريح في الحبُس وجرى به العمل، كذلك الوصية وقع الحكم فيها بذلك أيضا. ففي المعيار سئل بعض الفقهاء عمن أوصت لحفيدها بحجرة ينتفع بغلتها ما لم يرشد فيتصرف فيها حينئذ كيف شاء، وماتت الموصية وحكم القاضي بإمضاء الوصية على حسب ما وقعت، ثم أثبت الموصَى له بعد ذلك أنه لا يتحصل من غلتها ولا من كسبه ما يكفيه، ويخشى عليه الضياع وكشف الحال،

وكان هذا قبل رشده، فتعارض عند القاضي نص الوصية وسوء حال الموصى له. فأجاب بأنه يؤخذ من الحجرة ما ينفق عليه، واحتج بما ذكر اللخمي في مسألة المدونة في المرأة التي أوصت بدنانير لحفدتها أن تحبس لتنفق عليها في حج أو نفاس، فأرادت الجارية أخذها وصرفها في منافعها فمنعها في المدونة، وقال : لا تصرف إلا في الوصية. اللخمي في كتابه : ولو نزلت شدة حتى خيف عليها لأنفق عليها من ذلك حتى يؤمن عليها، لأنه نزل أمر يعلم أن الجدة لو حضرت لكانت أرغب فيه من الأول، فاختار جواز البيع. قال القاضي ابن عبد الحميد : فوافق ذلك رأيي وكان صوابا، وأنه يباع من الحجرة ما تقوم منه نفقة الحفيد المذكور. (هـ). فانظر قوله : فتعارض عند القاضي نص الوصية الخ... فإن النص هو الصريح، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

الحمد لله، من المقرر الواضح أن من حبس شيئا على الفقراء والمساكين أو بني زهرة من كل من لا يحاط به أنه لا يلزم التعميم، وأن المتولي يؤثر أهل الحاجة، فإن استووا قدّم الأقرب للمحبس على غيره، وذلك كله منصوص عليه لأئمتنا وهو من الوضوح بمكان.

إذا تقرر هذا، فالفقراء من أولاد المحبس وحفدته يقدّمون على غيرهم. وما سطره المفتي بمحوَّله من أن ولد المحبس لا يدخل لأنه وصيه ولاوصية لوارث، غير ظاهر، بل لا يصح، لأنه إنما تحرم الوصية للوارث، وتبطل إذا أوصى على خصوص الوارث من حيث أنه وارث. أما إذا أوصى للفقراء والمساكين وحبس عليهم كما في نازلتنا، فيدخل أولاده اتفاقا، ولا يشك أحد في ذلك. وقيده لسائله الفقير الفاني محمد بن التهامي الوزاني، الله وليه ومولاه. (هـ).

وسئلت أيضا عن رسم مضمنه : أوصى التاجر فلان بن فلان أنه إن قضى الله بوفاته، يخرج من جميع متخلّفه الثلث ويعطى لأحفاده أولاد ولديه فلان وفلان، وعينه لهم في دار سكناه التي بمحل كذا من حومة كذا، يكون مالهم وملكهم على وجه الوصية النافذة بعد الموت، ومن مات من ولديه المذكورين من غير عقب رجع نصيبه لأولاد أخيه، عرف قدره الخ... جوابكم عن الحكم في

الوصية أعلاه فإن أحد الولَدين الموصى لأولاده مات وانحصرت الوصية في الولد الآخر وازدادت له بنتان، ولما أراد استغلال الدار للبنتين حتى يوجد غيرهما ويدخل معهما وجد هذه الدار ساقطة لا يمكن الانتفاع بها إلا بعد بنائها وإصلاحها، ولا مال للبنتين، فهل يباع من الدار بقدر ما تُبنى وتُصلح به، أو تباع الدار كلها ساقطة ويشترى بثمنها أخرى بمحل آخر كاملة، لأن الدار الموصى بها بمحل يغبط للسكنى بحيث إذا بيعت تساوي ساقطة دارا أخرى مبنية كاملة، أو تعوض بدار أخرى ولا تباع بالثمن، أجيبوا مأجورين.

فأجبت : الحمد لله، لا بد من الرفع للقاضي لحق من غاب من الأحفاد. قال في المختصر : «وإنما يحكم في الرشد وضده، والوصية والحبس المعقبِ وأمرِ الغائب، القضاة» الخ... وعليه فإن اقتضَى نظرُه بيع جزء منها للاصلاح فلا إشكال، وإن اقتضى نظره تعويضها بأخرى فهو أولى، وكذا يجوز البيع فيها أيضا، واستبدال ثمنها بدار أخرى كاملة إن وجدت، وتعطَى حكم الأولى على ما قاله غير واحد، لأن الدار الموصَى بها قبل انحصار الأولاد بموت أبيهم محبَّسة، فتعطى حكم الحبس. ابن عرفة: الحاصل أن نفقة الحبس من فائدة، فإن عجز بيع وعوض من ثمنه ما هو من نوعه، فإن عجز صُرف ثمنه في مصرفه. (هـ). وقال أبو زيد الفاسي :

كذا معاوضة ربْع الحبُسِ على شروط أسِّسَت للمؤتسي

وقد نص في المعيار على جواز بيع الحبس وجرى العمل به في نوازل الحبُس فقال : جرى العمل عندنا ببيع ما لا نفع فيه منها أي الأحباس. (هـ). ونحوه في مجالس المكناسي، ونظمه في العمل المطلق فقال :

وما من الحبُس لا يُنتفعُ به فليس البيع فيه يُمنعُ

وذكره التسولي أيضا في شرح التحفة، فهو قوي، خلافا لمن أنكره. وقد نقل الجواز في شرح عمليات فاس عن ابن عات، وابن لب، والحفّار، والله أعلم. قاله وقيَّده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

الحمد لله، من المقرر البيِّن الواضح أن غلة الموصَى به قبل وجود الموصى له، للوارث، فإذا وجد واحد من الحفدة الموصَى لهم استغل جميع الوصية، فإذا وجد

آخر اشترك معه، وهكذا إلى أن يقع الانحصار فتقسم حينئذ على عدد من وجد يومئذ، ولا يحيى من مات بالذكر على المعمول به، الذي تجب به الفتوى وأن الحفيد يتناول الذكر والأنثى.

إذا تمهّد هذا فنقول : حيث شرط الموصي أن من مات من ولديه بدون عقب رجع نصيبه لأخيه، ومات أحدهما بدون عقب فرجع نصيبه لأخيه وقوفا مع لفظ الموصي واتّباعا لمقصده، وكان لهذا الابن الحي بنتان، فهُمَا المستحقتان الآن لجميع الدار الموصى بها، لكن إنما يستحقان منفعتها فقط إلى أن يقع الانحصار بموت والدهما. وعليه فلا سبيل إلى بيع الدار المذكورة ولا إلى هبتها لأنها بمنزلة المحبَّسة رعيا لحق من سيوجد، وهذا كله مع الاختيار وعدم الحاجة إلى البيع. أما مع كون الدار متهدمة ولا يمكن الانتفاع بها كذلك ولا مال للبنتين يصلحانها به، ولم يوجد من يتطوع بالإصلاح فيجوز بيعها وبدلها بدار أخرى، وتعطى الدار البَدلُ حُكم الدار الأصلية. قال الشريف العلمي في نوازله ما نصه : اختلف في الوصية للأحفاد وفيهم موجود ومن لم يوجد، هل يملك الشيء الموصى به الأخير من الأحفاد أو هو ملك لجميعهم، والأول هو المختار لغير واحد. ونقل عن أجوبة الشيخ أبي إسحاق التونسي في الوصية لأولاد فُلان أو ما يتزايد لفُلان أنها تكون حبُسا موقوفا ما دام الأب حيا، لا تباع ولا توهب ولا يستشفع ولا تورث عمن مات منهم قبل موت الأب، فإذا مات الأب فهي من قبيل الهبة المتملكة التي تورث وتفوت بأنواع الفوت ويستشفع بها. قال: وهو قول أشهب وابن عبد الحكم وأصبغ ومطرف وابن حبيب في الواضحة، وهو نص الإمام المازري، انظر نص تكميل القواعد لسيدي محمد ميَّارة فقد ذكر المسألة. (هـ). ونقل نحوه العلامة بناني أول الوصية، وسلّمه العلامة الرهوني. فتبين من هذا أن الوصية للأحفاد قبل انحصارهم بموت أبيهم منزَّلة منزلة الحبس، ويمنع فيها البيع وغيره. نعم الحبس جرى العمل فيه بالمعاوضة على الشروط المقررة فيه، وكذا بيعه على ما أفتى به جماعة، وجرى به العمل كما في المجالس المكناسية وغيرها. وإذا جاز ذلك في الحبُس جاز أيضا في نازلة السؤال المعاوضة، ولا إشكال لكون الدار متهدمة ولا يمكن الانتفاع بها

كذلك ولا مال للبنتين للاصلاح، ولم يوجد من يتطوع ببنائها، وكذا بيعها بالثمن الذي يشترى به دار مبنية، وتكون الدار المشتراة بدلا محكوما لها بحكم المبيعة. ففي أوائل الأحباس من المعيار أنه سئل ابن لب عن دار وجنَّة كلاهما حبُس على مسجد، فالدار يخاف عليها السقوط والجنَّة لا يفي فائدها بمغرمها. فأجاب : يثبت عند القاضي أن الحبُس المذكور قد عدمَت فائدته وتعذرت منفعته، وأن تعويض غيره من النظر والمصلحة، ويباع بأمر القاضي وتسويقه على القول بجوازه، ويكون بيعه بالسَّداد ويشترى بثمنه ما يصلح للحبس ويحبس عوضا عن المبيع، وإن عقدت فيه معاوضة بما يكون حبُسا فهو أحسن من بيعه بالثمن. (هـ). ونقله شارح العمل الفاسي، وبمثل ذلك أفتى الإمام الحفَّار حسبما قال ولد ناظم التحفة، ونقله السجلماسي في شرح العمليات، والنصوص في النازلة كثيرة. وقيَّده الفقير الفاني محمد بن التهامي الوزاني كان الله له ولوالديه ولمتعلقاته. (هـ).

الحمد لله، الفقه المجلوب نصوصه أعلاه صحيح، وفي عين النازلة صريح، وعليه يوافق عبد ربه وأسير كسبه العباس بن أحمد التازي لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، ما أفتى به العلماء حوله بيِّن، والمصير إليه متعيِّن، عبد السلام ابن محمد الهواري لطف الله به. (هـ).

وسئل العلامة الكبير سيدي محمد بن عبد السلام بناني عن امرأة أشهدت على نفسها في مرضها إن قدَّر الله بموتها فواجبها في دار سكناها يكون حبُساً مؤبَّداً، وجعلت النظر في ذلك لولدها فُلان يتولى السكنى في الواجب المذكور، ثم بعده إن انقرض لمن يكون أهلا لذلك من باقي أولادها الذكور، ثم لأعقابهم وأعقاب أعقابهم، فإذا انقرضوا ولم يبقَ من عقبهم أحد رجع النظر في ذلك لمن يجب له النظر من القضاة، والموضوع أن التحبيس بشاهد واحد. الخ...

فأجاب بجواب طويل قال في آخره : ومحصَّله، إن حلف جميع الحاضرين ثبت الحبُس، وإن نكلوا بطل جميعه، وإن حلف البعض ونكل البعض، فمن حلف ثبت نصيبه، ومن نكل بطل نصيبه، ثم كل من يأتي من البطن الثاني أو الثالث

وهلمَّ جرّا، يحلف ويأخذ نصيبه، حلف أبوه أم لا، لأنه إنما تلقاه من المحبس، ومن نكل لا يستحق شيئا، ومثل ما ذكرناه عن القرويين وأنه المعمول به للشيخ علي الأجهوري، وفيما ذكر كفاية، والله أعلم. (هـ) من نوازل الحائك، وفيها أيضا ما نصه :

وقع السؤال عمن أشهد في صحته أنه تصدق على أولاد ولده فُلان: إن قدَّر الله وجودهم، بثلث متخلفه يكون مالَهم وملكهم والتزم في صدقته هذه عدم الرجوع.

الجواب: الحمد لله، أشهد لفُلان بالتصدُّق بثلث متخلفه الخ... هو في المعنى وصيته لهم به، إذ لا يشترط في الوصية لفظ مخصوص ولا كونه من مادتها كأوصى، بل كل ما دل عليها بالوضع أو بالقرينة كاف، انظر تمامه في نوازل الوصايا.

وسئلت عمن حبَّس نصف دار سكن من مادتها كأوصى، بل كل ما دل عليها بالوضع أو بالقرينة كاف، انظر تمامه في نوازل الوصايا.

وسئلت عمن حبَّس نصف دار سكناه على أولاد أولاده ما تناسلوا وامتدت فروعهم فسكنه بعضهم وعمرت به الدار بحيث لم تبق بقية لغيره، بل ضاق هذا النصف بالحال فيه لكثرة الأولاد، فطلب بقية المحبَّس عليهم الذين لم يسكنوها لعدم وُسعها من الساكنين بها الخروج منها ليسكنوها قدر ما سكنها الأولون، فهل لهم ذلك أو لا ؟ وعلى فرض أن لم يكن لهم ذلك فهل لهم أن يقوموا هذا النصف المحبَّس ويأخذوا قدر واجبهم من الكراء أم لا ؟ وهل يساعدهم الشرع المطاع في فراغ هذا النصف من المحبس عليهم القاطن بها وتكرى للغير ويقسم كراؤها على جميع المحبس عليهم أم لا ؟ أفتونا مأجورين.

فأجبت : الحمد لله، لا يخرج الساكن في النصف المذكور إن كان بادر وسبق إليه، ولا كراء عليه لغير الساكن بها إلا أن يموت (أي الساكن بها) أو يسافر سفر انقطاع، هذا هو المشهور المعمول به كما نص عليه غير واحد. قال

المَوّاق في شرح قول المختصر : ولا يخرج ساكن لغيره إلا بشرط أو سفر انقطاع، ما نصه : ومن المدونة قال مالك : من حبَّس داراً على ولده فسكنها بعضهم ولم يجد بعضهم فيها مسكنا، فقال الذي لم يجد : أعطوني من الكراء بحساب حقي فلا كراء له ولا أرى أن يخرج أحد لأحد، ولكن من مات أو غاب غيبة يريد المقام بالموضع الذي انتقل إليه استحق الحاضر مكانه الخ... ونحوه قول ابن سلمون، وإن كانت محبَّسة على عدد لم تحملهم، فمن سبق إلى سكناها منهم فهو أحق، ولا يخرج أحد منهم لأحد ولا يكون لمن لم يجد فيها سكنى كراء على من سبق إليها، في قول ابن القاسم، وخالفه أشهب في الكراء فقال : يغرم الكراء، وعلى قول ابن القاسم العمل. (هـ). ونظمه في التحفة فقال :

ومن لسكنى دار تحبيس سبق ... تضيق عمن دونه بها أحق

ونظمه أيضا في العمل المطلق بقوله :

وإن تكن دار لهم فمن سبق ... منهم إلى السكنى بها فهو أحق
إن لم تكن تحملهم ومن طرا ... ولم يجد سكنى بها فلا كرا

نعم، قال الشيخ أبو علي بن رحال في شرح قول المختصر : «ولا يخرج ساكن لغيره» ما نصه: يعني ولا يعطى كراء إلا إذا كان مَسْكَن فضِل من الدّار عن سُكْنى هذا السّاكن فيعطى من لم يسْكُن ما ينوبه، وهذا بيِّن، لأن عدم الخروج إنما هو لحاجة الساكن للسكنى في الحال أو خوفا في المثال من الاحتياج، وأما ما لا يحتاج إليه فلا معنى لاختصاصه به، وقد رأيت فقه ذلك. (هـ). وأما قول السؤال : وهل يساعدهم الشرع المطاع في فراغ الدار الخ... فجوابه أن ذلك لا يجوز جبرا عليهم كما يفهم من هذه النقول، وأما إن كانت الدار محبَّسة لخصوص السكنى شرطا من المحبس فلا يجوز ذلك بحال، ولا تجوز سكنى غير المحبس عليه فيها أصلا كما في نوازل الأحباس من المعيار، ونصه : إن كان في السكنى فضل فله أي الخارج من الدار على أصحابه من الكراء قسطه ما لم تكن الدَّارُ محبَّسة على أن يسكن المحبس عليه شرطا من المحبس، فليس لهم حينئذ أن يخالفوا ما شرط عليهم فيها من السكنى في وِرْد ولا صُدور، فيلزمهم الشرط على ما أحبُّوا أو كرهوا، بل ولا يجوز لأحد منهم، والحالة هذه،

أن يسكن أحدا من غير أهل الحبس في حظه، استغنى أو لا، لأن المحبس إنما أباح لهم السكنى بأنفسهم، قاله الونشريسي، والله تعالى أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، قال في المقَرِب، قال مالك : من حبَّس دارا على أولاده فسكنها بعضهم ولم يجد البعض مسكنا فقال : أعطوني من الكراء فليس له ذلك ولا يخرج أحد لأحد، ولكن إن غاب أحد أو مات سكن غيره. ابن رشد : معناه في غير المعين كتحبيسه على أولاده أو أولاد فُلان ولو كان على معينين مسمّين لم يستحق السكنى من سبق إليه، وهم فيه بالسوية حاضرهم وغائبهم، قاله ابن القاسم، محمد: وغنيهم وفقيرهم سواء ابن القاسم: معنى قوله ولكن إن غاب أحد، إن كان يريد المقام، وأما إن كان يريد أن يرجع فهو على حقه ابن المواز وله أن يكري منزله الى أن يرجع. (هـ) من شرح التحفة، وهو مؤيد لما أجيب به أعلاه عبد السلام بن محمد الهواري لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، المسطر أعلاه من الفتويين صحيح، فلا يخرج الساكن لغيره ولا كراء له عليه، إذ موضوع السؤال أنه لم تبق في الحبس بقية لغير الساكن، وهذا حيث لم يتقدم لطالب السكنى سكنى بالمحل المذكور، وإلا فينظر لوجه خروجه، فإن خرج ليرجع كمن سافر ليعود فهذا لا يسقط حقه، وله أن يكري منزله الذي كان بيده ممن أحب، ولشريكه الذي خرج وتركه ساكنا الأخذ بالشفعة إن شفع ليسكن، وإن خرج مسافرا سفر انقطاع، أو لكونه استغنى عن السكنى وخرج من الدار باختياره، فليس له بعد ذلك حق في كراء ولا سكنى إلا لو فضل عن الساكنين بها شيء من المساكن، كما أفتى بذلك الإمام الحافظ أبو العباس الونشريسي في معياره. قاله وكتبه لسائله عبيد ربه أحمد بن محمد بن الخياط الزكاري الحسني كان الله له، آمين. (هـ).

الحمد لله، المسطر عند الفقهاء أعلاه صحيح، وعليه يوافق عبد ربه تعالى

العباس بن أحمد التازي لطف الله به. (هـ). وأجاب بموافقته أيضا السيد محمد بن التهامي الوزاني الفقيه السيد محمد الزريعي الفاسي، والشريف العدل سيدي عبد السلام العلوي، والفقيه السيد محمد بن عمر السجلماسي، والفقيه السيد الحسين السُّوسي كان الله لنا ولهم بمنِّه. آمين. وقول ابن الخياط «ولشريكه الذي خرج وتركه ساكنا الأخذ بالشفعة» الخ... فيه نظر، إذ هو جارٌ فقط، لأن الفرض أن كل واحد منهم حائز لمحل معيَّن مختص بالتصرف فيه، ولا شفعة للجار وإن ملَك تطرقا، والله أعلم.

نوازِل الهِبَةِ والصَّدَقةِ

وقع السؤال عمن سامحت أخويها في واجبها المنجر لها بالإرث وحازاه عنها حوز الشائع معاينة.

الجواب : إنه ليس للمرأة أعلاه أن ترجع فيما سامحت فيه، إذ ذاك لازم لها، ولا سيما وقد حيز عنها. ففي المختصر : «وحيز وإن بلا إذن وأجبر عليه». وقال ابن عرفة : المعروف لزوم العطية بعقدها، والله أعلم. وكتب محمد ابن ابراهيم. (هـ).

الحمد لله، المسطور أعلاه صحيح، فهبة المرأة المذكورة واجبها من ميراث أمِّها لازم لها لا رجوع لها فيه وإن جهلت قدره. ففي المدونة : من وهب موروثَهُ وهو لا يدري كم هو، جاز. والله أعلم. وكتب محمد الطيب ابن كيران. (هـ).

الحمد لله، ما سطر أعلاه من أنه ليس للمرأة أن ترجع فيما سامحت فيه، صحيح. قال القاضي عبد الوهاب في معونته : الهبة التي لا يقصد بها ثواب على ضربين : ضرب يراد به المودَّة والمحبَّة، وضرب يراد به وجه الله وصلة الرحم، فهذا الضرب صدقة، حكمه حكم الصدقة، فلا يجوز فيه الرجوع بوجه لا من أب ولا من غيره. وقد قال عليه السلام لعُمر : لا تعُدْ في صدقتك، قال : وأما الضرب الآخر وهو الهبة للمودَّة والمحبَّة فليس لأحد فيها رجعة إلا للوالدين. وقد قال عليه السلام : لا يحل لرجل أن يعطي عطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم عاد في قيئه. انتهى باختصار. وكذا ما سطر من أن جهل قدر الموهوب لا يبطل الهبة صحيح أيضا. ففي المختصر : «وصحت في كل مملوك يُنقل وإن مجهولا»، وحكى محمد بن المواز الإجماع على جواز هبة المجهول، ولا يوهن الحوز أعلاه عدم ذكر التحويز فيه، فقد قال ابن عرفة : المذهب لغو التحويز، ففي هباتها إن قبض الموهوب الهبة بغير إذن الواهب جاز قبضه، إذ يقضى عليه بذلك إن منعه. (هـ). ابن الحاجب : وتحاز بإذنه وبغير إذنه. وفي المدونة والموازية مثل ذلك، نعم إن انكرت

الواهبة الهبة من أصلها أعذر لها في البينة، فإن أتت بمدفع وإلا لزمتها والله أعلم.
وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته. (هـ) من خطه.

وسئلت عن امرأة وهبت عَشْرَ جنانها لصهرها وحازه ثم أرادت الرجوع.

فأجبت : الحمد لله، من المعلوم المقرر أن العطية تلزم بالقول، كانت هبة أو صدقة أو حبُسا. أو غير ذلك، وأن المعطي يجبر على إخراجها من يده ودفعها للمعطى له، وعليه فلا معنى للرجوع فيها، فالواهبة إذا أرادت الرجوع في هبتها لا يسمع قولها ولا يلتفت إليه. قال الزرقاني على قول المختصر في باب الهبة : «وحيز وإن بلا إذن وأجبر عليه»، ما نصه : لأن الهبة تلزم بالقول على المشهور. (هـ). وفي المدونة : ومن تصدَّق على أجنبي بصدقة لم يجز له أن يأكل من ثمرتها ولا يركبها ولا ينتفع بشيء منها. (هـ). وفي التحفة : ولا رجوع بعدُ للمصدِّق، أي بعد تبتيل الصدقة لا رجوع فيها للمصدِّق. وقال القاضي المكناسي في مجالسه أول باب الحبُس ما نصه : وليس للمحبِس الرجوع في حبُسه، ويلزم بإقباضه للمحبَّس عليه، فإن امتنع من ذلك جبر عليه. (هـ). وقال في المعونة : الهبة تصح وتلزم من غير قبض، لكن القبض شرط في نفوذها وتمامها، فإذا قال: تصدقت عليك بهذا الثوب أو العبد أو الدار أو غير ذلك من الأملاك، أو وهبته لك ولم يرد بالهبة عِوض الثواب، فقلتَ: قد قبلتُ منك فقد انعقد العقد، وليس للواهب ولا للمتصدِّق الرجوع فيه، ويلزمه إقباضه للموهوب له والمتصدق عليه إذا طالبه به، ويجبر على ذلك إن امتنع منه، ولا يبطل العقد بتأخير الإقباض. (هـ). وفي المسألة قول ضعيف، إنه يجوز للواهب الرجوع في هبته، لكن محله قبل حوزها. قال ابن عرفة : المعروف لزوم العطية بعقدها. ابن زرقون. قال المازري : للواهب الرجوع في هبته قبل حوزها عند جماعة. (هـ) وقال في التوضيح على قول ابن الحاجب : وشرط استقرارها أي الهبة لا لزومها الحوز كالصدقة ما نصه : هذا هو المعروف أن الهبة والصدقة يلزمان بالقول ولا يتمَّان إلا بالقبض، ورُوي عن مالك أنها إنما تلزم بالقبض، وللواهب الرجوع فيها قبله. (هـ). فظهر بهذا أنه لا قائل برجوع الواهب في هبته بعد حوزها، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد

ابن الخضر الحسني العمراني لطف الله به. (هـ). نعم محل ما ذكرناه في غير الوالدين، أما هما، فلهما اعتصار الهبة كما هو معلوم.

وسئل سيدي العربي الفاسي عن امرأة طلب منها زوج ابنتها أن تهب له جميع واجبها في والد زوجته على أن يقوم لها بجميع أملاكها غير الموهوب المذكور، وأوصاها أن لا تذكر ذلك للشهود، وإنما تذكر له الصدقة من غير شرط، وأجابته لذلك، ثم بعد مدّة عارضته بأن ذلك كان على الشرط المذكور، وعارضها هو بأن الشهادة خالية من ذكر الشرط، فهل عليها البيِّنة أم لا، لأنها تقول : لو كان لله لوهبته للمساكين.

فأجاب : إن قام للمرأة شاهد الحال أنها إنما وهبت على الشرط المذكور ودلّت القرائن على ذلك فالقول قولها مع يمينها، فإذا حلفت بطلت الهبة، لأنها لا تصح على الوجه المذكور. (هـ). انظر نوازل الزياني.

الحمد لله، وهبتْ فُلانة على ولدها العدل جميع كذا، وحاز الموهوب له ذلك وفي رمضان الخ...

الحمد لله، ذكر فُلان أعلاه أن في عياله أمّه منذ تركها زوجها فُلان، ولذلك خمس عشرة سنة سلفت وهو ينفق عليها، وأشهد أن ذلك على وجه السلف ليرجع به عليها أو على الزوج الخ... الحمد لله، يشهد فُلان أن في علمه ويقينه أن المنفق على الأم هو ولدها فُلان من ماله، وأن زوجها كان عزل عنها إلى تاريخه الخ... جوابكم بعد تأملكم الرسوم المذكورة فإن المرأة أعلاه وهبت على ولدها المذكور واجبها في عرصة وفي دار الدباغة وفي حانوت هي لها، وحاز ذلك منها كما ذكر، وسلمت له في صداقها وفي واجبها في دار سكناها معه فيها، وحازها بما يحاز به الجزء المشاع من يد أربابه وعمل رسم الاسترعاء في النفقة فيما بقي لها من نصيب في شركة بنتها أخت المدَّعى عليه فيما ذكر، فهل هذه الهبة صحيحة والتسليم كذلك ولا يعتبر رسم النفقة، أو ليس ذلك بصحيح ؟ ويرجع عليها برسم النفقة فقط، وبقيت مع ولدها لم يُرِها ما تكرهه وهي كذلك إلى أن ماتت عام أول.

الجواب : أما الهبة فإن ألفي من يشهد بأنها إنما كانت بشرط الإنفاق، فالحكم ظاهر. قال في المدونة : ومن تصدق على رجل بدار على أن ينفق عليه حياته فهو بيع فاسد، والغلة للمتصدَّق عليه لأنها في ضمانه، ويرجع بما أنفق وترَدُّ وبرد الدار، وإن هلكت بغرق أو غيره ضمن قيمتها يوم قبضها. (هـ). وإن لم يثبت ذلك، وتبين أن الهبة على سبيل المودَّة وهو مقتضى سبقيتها على مبدإ الانفاق بمدَّة مديدة كما في الرسمين أعلاه، فهي صحيحة إن تمَّ موجبها ولم يبرز من الأم اعتصار. وأما النفقة فإن ثبت بموجب أن الأم أشهدت على نفسها بقصد الرجوع عليها فلا إشكال في كونه يرجع عليها، وإن ثبت بموجب أن المنفق قصد التبرع بها فلا إشكال في عدم الرجوع، وإن لم يثبت شيء من ذلك فإنه يرجع إلى أعراف الناس وعوائدهم، ولا يرجع الى قول المنفق وإشهاده على نفسه بعد مضي خمسة عشر عاما أنه أنفق بقصد الرجوع وعلى وجه السلف. ثم عُرِّف الوقت أن إنفاق الأولاد، وخصوصا المتسمين بالعدالة والفضل، على الأمهات وإن كن موسرات ومتزوجات، من باب الصلة والمعروف، وأنهم لا يقصدون بذلك الرجوع، وأنهم إن أرادوه فلا بد من الإشهاد. وقد صرح غير واحد بأن من أنفق على أجنبي فإنه يطالبه بما أنفق إلا أن يعرف أن ذلك على وجه الصلة، ونقله الموّاق عن المدونة، ولخصه ابن الحاجب وخليل في مختصره، ونصه : «كمنفق على أجنبي إلا لصلة». قال التتائي : وتعرف الصلة بالقرائن. (هـ). وأي قرينة أقوى من العرف، سيما حادثة السؤال، والله تعالى أعلم. وكتب محمد بن محمد بن حمدون بناني لطف الله به (هـ).

وسئل العلامة أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عمن أنفق على أخته شقيقته بعد موت أبيهما ومات الأخ المنفق ولم يكن كتب عليها نفقة، فقام عليها ورثته بالنفقة حين طلبتهم بحظها من أصول أبيها.

فأجاب : إنه لا رجوع عليها حيث كانت العادة بالبلد كذلك. ففي المعاوضات من المعيار في أخوين شقيقين أنفق أحدهما على الآخر مدة، فوقع الجواب من سيدي مصباح في ذلك أنه يرجع بعد يمينه على أخيه بما أنفق عليه إلا

لدليل يدل على عدم الرجوع، إما لشرف المنفق أو لكرم طبعه أو غير ذلك من الدلائل، واستدل عليه بمضمون قول المتن في العارية: إلا أن يأنف مثله. وقد ذكر ابن لب في الرجل يستغل مال زوجته ويأكله، فلما توفيت قام ورثتها يطلبونه بأداء ذلك، إن الصحيح من القولين في هذه الأزمنة أنهم لا حق لهم قبله للعادة الجارية، وبه كان يعمل بعض القضاة بغرناطة. (هـ). وفي نوازل الهبات والصدقات من المعيار ما نصه : وسئل أبو مُوسَى عمن أنفق على ولده الكبير وله مال ولم يكن أشهد أنه أنفق ليرجع وأراد الرجوع عليه. فأجاب : له الرجوع عليه، أشهد أو لم يشهد إلا أنه إن لم يشهد فيحلف، ولا يصح له أن يحلف أباه. قال القابسي : إلا أن تكون العادة أن الآباء ينفقون على أكابر الأبناء ولا يرجعون فلا شيء عليه. (هـ). وانظر أبا علي وغيره عند قول المتن : كمنفق على أجنبي إلا لصلة، والعرف دليل على الصلة، وقد أثبته المقوم عليه، وأنه الجاري بمدينة تطوان بشهادة عدلين. (هـ).

وسئل أيضا عن امرأة قامت على ورثة زوجها بعد موته بما استغله من أملاكها،

فأجاب : إن لها ذلك، قال ابن سلمون : فإن استغل الزوج مال الزوجة وازدرعه وانتفع به تحته من غير متعة، ثم قامت تطلبه بالكراء كان لها ذلك، وإن زرعه بأمرها، وأكله ولم يعلم هل كان عن طيب نفس أم لا ؟ ثم تطلبه بالكراء كان لها بعد يمينها أنها لم تهب ذلك ولا خرجت عنه. (هـ). قال ابن منظور كما في المعيار : وهذا هو المشهور، إلا أن يثبت أن ذلك على وجه التوسع لزوجها والرفق به كما في المعيار أيضا عن بعض فقهاء قرطبة، والله الموفق. (هـ). وبعد هذا راجعه بعض الأصحاب بأن ابن لب كما في الإجارة من المعيار. قال : الصحيح من القولين في استغلاله أرضها وكرمها أن لا يغرم للورثة شيئا. (هـ).

فأجاب : أن الراجح ما قاله ابن سلمون ونقله عنه المواق في الحجر واعتمده، ونحوه لغيره. وقال ابن عاصم في البيوع : العمل إن مات الزوج أن ترجع بكراء ما استغله، فسلمه منصفا. وقال ابن منظور بعد ذكره المشهور ، وما أفتى به

ابن لب ما نصه : وعمل عليهما، فليجتهد القاضي أن يصالح. (هـ). وقِفْ على المعيار في الدعاوي والأيمان. (هـ).

وسئل أيضا عن أب دفع الصداق عن ابنه ورام الرجوع عليه بما دفعه عنه، فظهر لغيره أن لا رجوع لعدم التصريح بالحمالة الخ...

فأجاب : إنَّ دفعَ ونقدَ وما ضارعهما لا تقتضي حملا ولا حمالة ولا ضمانا من الصيغ الثلاث المذكورة عند أبي الحسن وغيره، المنقولة في حاشية أبي علي المنظومة له. نعم ذكر السائل أن دفع الأب كان على وجه الصلة والعطية، فإن ثبت ذلك لم يكن للأب رجوع بما دفع ولا متكلم، وإلا سمع كلامه، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عن النظر في قول غيره أنه لا بد من حوز الهبة قبل حصول المانع، وحوز المشاع هو بحوز جميعه لأنه مهما بقي الواهب يتصرف في هبته تبطل الهبة.

فأجاب : في حوز المشاع، حيث لن ترفع يد المعطي عنه، خلاف مذكور في أبي علي وغيره. وفي حواشي الوانوغي على المدونة ما نصه: أبو إبراهيم وغيره : إذا كان يد الواهب مع يد الموهوب له، هل ذلك حوز أم لا ؟ قولان. والقولان قائمان من آخر رهونها، وأولها. قلت: الذي نسبه ابن رشد لابن القاسم الصحة، خلافا لأصبغ. (هـ). وفي الفشتالي نسبة جواز ذلك لمالك قائلا : هذا القول المعمول به وهو الراجح أيضا عند ابن مالك، لأنه أتى به في معرض الاحتجاج فلا يقاومه غيره وإن اقتصر عليه في المفيد، حيث قال : وإن وهبت مشاعا فقبضه كقبض الرهن. (هـ). وهو مفاد الشيخ ميّارة، كما في حواشي أبي علي، لكن جرى العمل أن حوز المشاع بحلول الموهوب له مع الواهب فيه جائز كما لمن تقدم وغيره. (هـ).

وسئل أيضا عما أفتى به غيره، ونصه :

الحمد لله، الوالد إذا أجرى النفقة على أولاده الكبار البالغين وكانت العادة متقررة بأن الآباء إذا أنفقوا عليهم لا يرجعون عليهم بشيء مما أنفقوه وأجروه عليهم

فلا سبيل لغيرهم من باقي الورثة إلى محاسبتهم بما أنفق عليهم والدهم في حال حياته.لأنه يحمل منه ذلك على الصلة والحسبة لمكان العادة المذكورة، إذ العادة كالشرط. وقد قال في المختصر : كمنفق على أجنبي إلا لصلة، والعرف دليل على الصلة، وهذا منصوص عليه في المعيار،وأمثال هذا كثير من مراعاة العادة والعرف، وقد ثبتت العادة بذلك في مدينتنا هي تطوان البيضاء،بشهادة عدلين عند قاضيها الخ...

فأجاب : المذكور أعلاه صحيح،في المعيار وغيره ما يشهد له عن البرزلي وغيره من تقييد الأصل الذي هو عدم الصلة بما إذا لم تكن عادة، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عن هبة أب على محاجيره بعض دار سكناه ولم يخلها من شواغله إلى أن توفي على ما شهدت به بيِّنة،وإن كان في أصل الهبة الشهادة بالإخلاء والكِراء تتميما للهبة فأفتى بعض أصحابه ببطلان هذه الهبة،واستشهد عليه بما للباجي في وثائقه،ونصه : وإن كانت الصدقة في دار يسكنها الأب فلا تجوز حتى يخليها الأب من أهله وثقله وتكون فارغة ويكريها للابن، فإن لم يكن على هذا لم تجز الصدقة. (هـ). قال : ولا معاوضة بين ما في الوثيقة وما شهدت به البيِّنة.

وأجاب هو : إن المذكور صحيح،مستند أوله ما في وثائق الباجي ونحوه لغيره، ومستند ما ختم به من أنه لا منافاة،مذكور في أجوبة الفاسي، لكن قال فيها : الأولى شهدت بالحوز وقت الهبة وهو يدل على ثبوت حوز في الجملة وليس فيها تعرض لاستمراره ولا وقوعه في المدة المعتبرة في الهبة ،والأصل فيه الاستصحاب، لكن ذلك حيث لم يعارض، وهنا قد عارض الاستصحاب قول البيِّنة الأخرى، إن الواهب ما فارقه قط ولا رفع يده عنه مدَّة معتبرة في الحيازة وبقي يتصرف في تلك الهبة إلى أن مات، فتلك شهادة تتضمَّن الرجوع. وقد ذكر الونشريسي أن جهل تاريخ الرجوع مساوٍ للعلم برجوعه قبل السنة. (هـ).

قلت : وفيما قالاه نظر، وكلام الباجي المذكور لا يتنزل على هذه المسألة.

وقد سئل الورزيزي كما في نوازله عن حبُس شهدت فيه البيِّنة بمعاينة الحوز وشهدت أخرى بأن الملك المحبَّس لم يزل بيد المحبِّس إلى أن توفي؛أي البيِّنتين تقدَّمُ على الأخرى ؟

فأجاب : قال في المعيار عن بعض الأئمة : بيِّنة الحوز أولى بالقبول من البيِّنة على نفيه وإن كانت الأخرى أعدل، هذا مذهب مالك وأصحابه، وبه أقول، والله أعلم. (هـ). وهو أنسب بالنازلة كما لا يخفى من كلام الباجي، إذ ليس فيه تعارض البيِّنتين بالحوز وعدمه، تأمله.

وسئل الشيخ الرهوني عن مسألتين : الأولى : رجل وهب لابن له غرفة من داره بشهادة عدلين وقبل الولد الهبة من أبيه وحازها معاينة فارغة من شواغل الواهب، ثم لما توفي الوالد المذكور وجدت عامرة بشواغل الواهب، وشهدت بينة من اللفيف أن الواهب لم يرفع يده عن الهبة إلى أن توفي. الثانية : باع الواهب المذكور للموهوب عليه المذكور بيتا من داره وهو الذي أسفل الغرفة المذكورة بكذا، وذلك قبل وفاته بأشهر،والبيع في مرض موته، ولما توفي وقف أرباب البصر العارفون بالقيم فقوموه بضعفي الثمن كأن يكون باعه بعشرين فقوموه بستين فبانت فيه المحاباة.

فأجاب : إن شهادة اللفيف لا تعارض شهادة شاهدي الهبة، ووجود الهبة مشغولة بأمتعة الواهب هو رجوع للهبة، لكن ليس في ذلك تعرض لكون الرجوع بعد مضي السنة، فلا تبطل على المشهور والمعمول به أو قبل مضيها فتبطل قولا واحداً، فإن ثبت أحد الأمرين ببيِّنة أو إقرار يعمل عليه،وإن جهل الأمر ففي أجوبة الفاسي عن الونشريسي : إن جهل الرجوع كثبوت الرجوع قبل مضي السنة،وسلمه ولم يحك خلافه،وهو ظاهر معنى. (هـ).

قلت : أنظر كيف سلم الرهوني هنا ما قاله الإمام سيدي عبد القادر الفاسي نقلا عن الونشريسي : إن جهل الرجوع كثبوت الرجوع قبل السنة، مع

أنه قال في حاشيته : تعقبه الشريف العلمي في مسائل الهبة من نوازله بما نقله عن المعيار وعن نوازل البرزلي، ثم قال: وأيضا في المعيار ما ظاهره خلافه، فذكر كلام المعيار وزاد عليه، ثم قال : وعدم البطلان هو الظاهر عندي. ويشهد له ما لابن رشد في الرهن، والحكم سواء، بل هو في الهبة ونحوها أحرى. لأن شرط الحوز في الرهن ثابت بالنص : «فرهان مقبوضة». بخلاف الهبة ونحوها، ونص ابن رشد : ولو ادّعى المرتهن أن الرهن بيده وأقام بيّنة على أنه قد حازه قبل قيام الغرماء على الراهن، فقال الغرماء: ليس الرهن بيده وأقاموا بيّنة على أنه لم يحز الرهن لوجب أن تكون بيّنة المرتهن أعمل، لأنها شهدت له بالحيازة، فهي محمولة على أنه بيده من حينئذ حتى يثبت رجوعه إلى يد الراهن. (هـ). وقوله فهي محمولة على أنه بيده الخ... شاهد لما قلناه. انتهى (أي المؤلف) باختصار.

قلت : الظاهر أنهما مسألتان : إحداهما: أن تشهد بيّنة بالحوز وتشهد بيّنة أخرى بنفيه، وهذه لعدم بيّنة الحوز فيها.ولا إشكال. ثانيها: أن تشهد بيّنة بالحوز معاينة ولا تزيد شيئا وتشهد بيّنة أخرى أنه لم يخرج من يد الواهب قط، بل بقي يتصرف فيه الى أن مات، فالبيّنتان مُتعارضتان في وقت الحوز، فيمكن الجمع بأنه حاز ولم تعلم به بيّنة النفي، ثم رجع ليد الواهب الى أن مات، ورجوعه ليده قبل السنة تحقيقا أو شكا يبطلها.

وقد أجبت عن نازلة من هذا المعنى بما نصه : الحمد لله، قد قررنا النازلة قبل هذا الوقت أحسن تقرير، وبكلام الأئمة أيّدناها وحررناها أحسن تحرير. وحاصل ذلك أن بينة جسُّوس الشاهدة باستمرار المرأة في حصتها تتصرف منذ ورثتها من والدها إلى أن ماتت، مقدّمة على بيّنة السحاقي الشاهدة بهبتها، لأن بينة السحاقي وإن شهدت بالهبة والحوز معاينة فلن تتعرض لاستمراره سنة، وبيّنة جسُّوس تعرضت له إلى الموت. ففي البهجة عند قول التحفة : والإنجاز لما تصيرا، ما نصه : وأما إن شهدت إحداهما بحوز الغير له ونزوله في الدار بالمعاينة أو الأغيران، ولم تشهد باستمرار الحيازة شهرا، وشهدت أخرى بأنه لم يزل بيد المصير، وأنه لم يخرج من يده أصلا، فإن الشهادة بعدم خروجه من يده تقدم،

لأنها أثبتت استمرار عدم الحيازة، والأخرى لم تتعرض للاستمرار. فيمكن أن يكون رجع ليده بعد معاينة الحوز قبل مضي الشهر، وقد بيَّنا ذلك في حاشية اللّامية. (هـ). ونصه في حاشية اللّامية : إذا شهدت بأن الواهب استمر حوزه للهبة إلى المانع، وشهدت الأخرى أنها حيزت عنه وأطلقت فإن بينة عدم الحوز، وأنها استمرت بيد الواهب إلى المانع تُقدم، لأن الأخرى أطلقت فيحتمل أن تكون الهبة رجعت إلى الواهب بعد حوزها بالفور قبل تمام السنة. كما قال القرافي وغيره، فهذا مما يمكن فيه الجمع. (هـ).

وفي نوازل الإمام سيدي عبد القادر الفاسي جواب عن نحو النازلة ونصه : أما قول اللفيف أنهم ما سمعوا قط وهب، فشهادة على نفي، عارضتها البيِّنة الأولى التي شهدت بثبوتها، والمثبت مقدم على النّافي. ويبقى الكلام حينئذ على الحوز، فالأولى شهدت بالحوز معاينة وقت الهبة وهو يدل على ثبوت حوزه في الجملة وليس في ذلك تعرض لاستمراره ولا لوقوعه في المدة المعتبرة في الهبة، فإن كل صدقة حيزت مدة طويلة على اختلاف في الطول هل هو السنة أو السنتان فهي جائزة وإن لم تطل المدة وعادت إلى الواهب بالقرب بطلت اتفاقا. قال أبو العباس الونشريسي : وكذا إذا جهل التاريخ أي وقت الرجوع، ثم إن الأصل في هذا الحوز المذكور في الشهادة الأولى الاستصحاب، لكن ذلك حيث لم يعارض، وهنا قد عارض هذا الاستصحابَ قول اللفيف : إن الواهب ما فارقه قط ولا رفع يده عنه مدَّة معتبرة في الحيازة وبقي يتصرف في الهبة إلى أن مات، فتلك شهادة تتضمن الرجوع. وقد رأيت أن الشيخ الونشريسي ذكر أن جهل تاريخ الرجوع مساو للعلم برجوعه قبل السنة. (هـ).

وقد احتج به الشيخ الرهوني في جواب له لما سئل عن نحو القضية، وكذا العلامة سيدي عبد الرحمن الحائك لما في نوازله، ونصه : وقد أجاب سيدي عبد القادر الفاسي ببطلان هبة حيزت بالمعاينة وشهد شهود أنهم ما سمعوا تلك الهبة ولا رفع الواهب يده عنها قائلا: لأنه وإن كان الأصل في الحوز الاستصحاب، لكن هنا قد عارضه شهادة اللفيف بعدمه، انظر أجوبته. وفي المعيار عن أبي المكوي

فيمن وهب أشياء وقبضها الموهوب له وحازها بالمعاينة، ثم لما مات الواهب وجدت في تركته، فأجاب بأن الهبة تبطل إلا أن تشهد البينة أن الموهوب له حاز الهبة سنة فصاعدا. قال : وهذا قول أصحابنا وبه القضاء. انتهى الغرض منه، ونحوه لأبي العباس الملوي في تحريره، أنظره. وفي البهجة أيضا عند قول التحفة : والحوز شرط صحة التحبيس البيت، ما نصه : ثم ما تقدم من أن الاستمرار وعدمه شيء آخر...الخ هو الذي للقرافي في الفرق الثامن والعشرين والمائتين، قال فيه : إذا شهدت بيِّنة بالحيازة قبل الموت وشهدت الأخرى برؤيته يخدمه في مرض الموت، قدمت بيِّنة عدم الحوز إذا لم تتعرض الأخرى لاستمراره. (هـ). ونحوه في المتيطية، قال فيها : فإن قام وصي على أيتام فأثبت أن أباهم كان أوقف عليهم وعلى أعقابهم ملكا وأنه حوزه لغيره فحازه لهم بالمعاينة، وأعذر إلى زوجته فأثبتت أن أباهم لم يزل يعمر الملك ويدخل ما اغتل منه في مصالحه إلى أن توفي عنه، فأعذر الى الوصي في شهادة الاعتمار فلم يأت بمطعن، فحكم القاضي بعد مشورة الفقهاء بنقض الحبُس وردِّه ميراثا. (هـ). وذكر في هبات المعيار أن بهذا القول القضاء قائلا : إلا أن تشهد بيِّنة للموهوب له أنه حاز الهبة سنة. (هـ). ونقله أبو العباس الملوي في التحرير لمسائل التصيير، وبه أجاب سيدي عبد القادر الفاسي في نوازله قائلا : إن الأصل في هذا الحوز الذي شهدت به البيِّنة الأولى الاستصحاب، لكن ذلك حيث لم يعارض، وما هنا قد عارضته شهادة اللفيف أن الواهب ما بارحه قط ولا رفع يده عنه إلى أن قال : وبالجملة، فالمعتمَدُ ما به القضاء وعليه الحكم، كما مرَّ عن المعيار والمتيطي. انتهى الغرض منه. وبه تظهر أن بيِّنة جسُّوس مقدمة على بيِّنة السحاقي ولو كانت لفيفا فقط، لأنها شهدت بأن المرأة لم تفارق تلك الحصة منذ ورثتها إلى أن ماتت، وبيِّنة السحاقي إنما شهدت بالهبة ولم تتعرض للحوز سنة فأزيد، والله أعلم. وقيَّده المهدي لطف الله به. (هـ).

وأجاب، أي الرهوني عن الثانية فقال : وأما شراء الابن فإن كانَ الأب مات من ذلك المرض وثبتت عدالة العارفين أو وَّجهاء من قبل القاضي، فليس للمشتري مشتراه كله بلا خلاف، واختلف هل يفسخ البيع في جميع ذلك ويأخذ الولد

الثمن الذي دفعه، وبهذا القول صدر في الفائق وعزاه لابن القاسم، ثم حكى غيره فقيل؛ وكلامه يفيد أن الأول هو الراجح، ونحوه لأبي الحسن في شرح المدوَّنة، وبالقول الأول جزم ابن هلال في الدر النثير، ونصه : الذي عزاه التونسي لابن القاسم في المريض يبيع من وارثه في مرضه بمائة ما يساوي مائتين أن للورثة نقض البيع كله، لأنه أراد به التوليج ولو أتَمَّ هو بقية الثمن ما كان له ذلك لأن البيع وقع على التوليج (هـ). وبهذا القول صدَّر في المقصد المحمود، وعزاه لابن الماجشون، ثم قال : وقال مطرف عن مالك : إنما لهم المحاباة ويحتمل ذلك أن يكونوا شركاء بقدر المحاباة أو يرجعوا بثمنها. (هـ). ثم ذكر القول الثاني في كلام الفائق وقال : وأحسِبُه قولا لابن القاسم وعابه ابن الماجشون في الواضحة، وما عزاه لمطرف عن مالك على الاحتمال الأول هو الذي نقله ابن عرفة وابن ناجي في شرح المدوَّنة عن أبي إسحاق عن ابن القاسم، ونص ابن عرفة عن التونسي، فعد ابن القاسم له بقدر ثمنه فقط، ولو أتَمَّ بقية الثمن ما كان ذلك، لأن أصل البيع وقع على التوليج، وقيل؛ إن أتَمَّ بقية الثمن فلا قول للورثة. قلت : بناء على أن المحاباة في المثمون أو في الثمن. (هـ). ونحوه لابن ناجي. وكلام ابن رشد أثناء كلامه على محاباة المريض الأجنبي يدل على أن المنقول عن ابن القاسم قولان : ما عزاه له ابن عرفة وما عزاه في المقصد المحمود لمالك على الاحتمال الثاني، لأنه صرَّح بأن ما في محاباة أجنبي يتخرج مثله في محاباة الوارث، والله أعلم. وكتب محمد بن أحمد الحاج وفقه الله. (هـ).

وسئل بعضهم عن رجل وهب لزوجته داراً مؤجرة بيد رجل وبقي يقبض كراءها بعد الهبة إلى أن سكنها بزوجه المذكورة بعد تمام سنة من يوم الهبة وتوفي وقام العاصِب ينظر في تلك الهبة، وأثبت بشهادة عدل أن الزوج الواهب كان يتصرف في الهبة بقبض الكراء وبالسكنى بعده إلى أن مات.

فأجاب : حيث ثبت أن الدار الموهوبة لم تزل في تصرف واهبها إلى أن مات، فالهبة باطلة وترجع الدار ميراثا، لأن من شرط التبرعات كلها الحوز، ويُزاد في دار السكنى إخلاؤها من سكنى الواهب وشواغله سنة، وجولان يد الواهب

واستمرار تصرفه في الهبة يبطلها، لأن حقيقة الحوز كما في ابن عرفة هو رفع تصرف المعطي في العطية. (هـ). وإنما استثنى من ذلك عطية الإبن، فحيث استمر تصرف الواهب فلا شيء للموهوب لها. ولا يقال: إن تصرف الزوج في مال زوجته محمول على الوكالة، لأنا نقول ذلك في غير ما وهبه هو لها، وخصوصا دار السكنى. وقد وقع خلاف في صحة حوز الزوج ما وهب لزوجته دون توكيل منها، فابن القاسم وأصبغ لا يقولان بصحته، وابن الماجشون يراه صحيحا، قاله في المعيار. ونزلت ووقع القضاء فيها بإلغاء العطية، فانظر كيف لم يجعلوا الزوج في باب العطايا كالوكيل عرفا على قول ابن القاسم وأصبغ وما به القضاء، وإذا كان ليس كالوكيل فيما وهب لها فكيف يكون كالوكيل فيما هو لها. وقد أجاب سيدي عبد القادر الفاسي ببطلان هبة حيزت بالمعاينة وشهد شهود لفيف أنهم ما سمعوا بتلك الهبة ولا رفع الواهب يده عنها قائلا : لأنه وإن كان الأصل في الحوز الاستصحاب، لكن هنا قد عارضه شهادة اللفيف بعدمه، أنظر أجوبته. وفي المعيار عن ابن المكوي فيمن وهب أشياء وقبضها الموهوب له وحازها بالمعاينة، ثمَّ لما مات الواهب وُجدت في تركته، فأجاب بأن الهبة تبطل إلا أن تشهد البيِّنة أن الموهوب له حاز الهبة سنة فصاعدا. قال : وهذا قول أصحابنا وبه القضاء. وقد نص في المعيار والمتيطي وغيرهما أن الولد إذا بلغ ولم يحز ما كان وهبه عليه والده في حال صغره حتى مات الأب، فإن الهبة باطلة، وهذا كله مع إسقاط النظر عن كون الهبة كانت وقت الهبة مؤجرة، وأما مع النظر إليه فالهبة غير صحيحة أيضا من هذه الحيثية، والله أعلم. (هـ).

وأجاب عقبه بعض القضاة : الحمد لله، المسطور أعلاه من بطلان الهبة ببقاء الموهوب تحت تصرف الواهب ويده إلى أن توفي، صحيح، شاهده ما نقله المجيب أعلاه، وما لابن المكوي، ذكره صدر نوازل الهبات من المعيار، ويؤيده أيضا ما فيه عن ابن لب في واهب لولده وإن كان مالكا أمر نفسه وكان ذلك تحت يد الواهب والغلة له كما كانت قبل الهبة، وثبت ذلك بالبيِّنة. وأجاب : الهبة باطلة، والأملاك الموهوبة مردودة بين جميع الورثة، قاله فرج، ثم أشار إليه المفتي أعلاه سدَّده

الله من قوله، وهذا كله مع إسقاط النظر... الخ، كلام صحيح، لأن الهبة الموجودة إذا لم يهب الواهب الإجارة مع الرقبة، فالهبة باطلة كما في المدوَّنة وهو في المتن وغيره، أنظر نص المدوَّنة في التاج وعللوا بطلان الهبة إذا لم يهب الإجارة، بأن الواهب لمّا كان مستوفيا لكراء المنفعة فكأن يده لم تزل عن الهبة، نقله الرهوني في حاشيته. (هـ).

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عمن وصل رحمه في الأعياد والمواسم بلحم ودجاج وحلواء وغير ذلك، فقام طالبا لذلك وأنه فعله على وجه المحاسبة، وثبت ببيِّنة أنه عرف جار بتطوان أن لا محاسبة في ذلك.

فأجاب : إنه عرف صحيح فلا رجوع بعده. قال ابن عرفة : مقتضى المذهب أنه إن اقتضى العرف قصد الثواب ثبت وإلا سقط. (هـ) سيما إن طال زمن سكوته عن طلبه كما لابن عياض عن العتبية، وما رأينا ولا سمعنا من طلبه، فطلبه سماجة عرفاً، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عمن سلم في طريق دون بيان المسلَّم له. وأفتى غيره أن التسليم فيه إجمال فلا بدَّ من بيانه وإلا سقط الاستدلال بها أي بالشهادة على التسليم، كما للإمام اليزناسني، أن المذهب رد الشهادة بالإرسال سواء كان في لفظ الشاهد أو في مستند علمه.الخ...

فأجاب : إنه صحيح، وقول السائل هذه السماحة للمحاجير لا يفيد حتى يتبيَّن ذلك من شاهدي السماحة أو غيرهما مع موافقة المسامح في الثاني لأن الشهادة كما في اللامية وغيرها يشترط في قبولها أن يكون كل من الشاهد والمشهود له والمشهود عليه والمشهود فيه معروفا. قال الشيخ ميّارة في شرحه : فإن جهل واحد منها فلا تقبل. (هـ). وهو واضح. (هـ).

وسئل أيضا في مسامحة في ميراث أبيها،

فأجاب : إنها صحيحة لوجود قبولها الركني وحوزها الشرطي حيث ثبت (أي الحوز) وإن كان بلا إذن، وتجبر عليه حيث لا مانع كما في المتن : وحيز وإن

بلا إذن وأجبر عليه، وهبة المجهول صحيحة، كما في التزام الحطاب والمعيار وغيرهما. وفي وثائق الجزيري : ويجوز هبة الموروث لا يدري ما هو،لأن ذلك معروف. (هـ). والمسامحة هبة فتجري عليها أحكامها كما هو واضح. (هـ).

وسئل أيضا عن التحلية من والد لولده الصغير.

فأجاب : إنها ماضية، ونص الرواية في ذلك سمع ابن القاسم : من مات بعد أن حلى ابنه الصغير حليا فهو له لا ميراث. ابن رشد : لأنه يجوز لابنه الصغير ما وهب له وما حلاه من الحلي. فقد وهبه له لأنه بمنزلة ما كساه من الثياب، إذ هو ممَّا يلبسُ كما تلبسُ الثياب،وهو محمول على الهبة إلا أن يشهد أنه لم يحلِّهِ إيَّاه إلاعلى سبيل الإمتاع. (هـ). كما في المواق وحاشية شيخنا بناني عن غيره قائلا : وكأن ابن غازي هنا أي عند قوله : كتحلية ولده لم يستحضره لأنه اقتصر على كلام الكافي، وعليه اقتصر ابن سلمون والحق خلافه. وأجاب عنه أبو علي في شرحه بما نصه : لعل صاحب الكافي أراد إذا لم يلبسْهُ له كما يدل عليه نقل المجالس، وحينئذ لا بد من الإشهاد. (هـ). ونص الكافي : إذا حلى الرجل والمرأة ولدهما الصغير حليا وأشهدا له بذلك ومات الأب أو الأم، فالحلي الذي على الصبي له دون الورثة. (هـ). وبحث الزرقاني في قوله وأشهدا له بذلك بأن المعتمد اختصاص الصغير بالتحلية ولو بدون إشهاد بالتمليك، لأن التحلية قرينة عليه. الخ... وأجاب الرهوني بأن مراد الكافي الإشهاد بالتحلية،وهو أمر لا بد منه لا الإشهاد بالتمليك، إذ ليس في كلامه ما يدل عليه،تأمله. واستشكل الشيخ مصطفى أيضاً إلحاقه الأم بالأب مع أنها لا تحوز لولدها الصغير كالأب ما وهب له. وأجاب الرهوني أيضا بأن لا إشكال لأن حوز الصغير ما وهب له معتبر نافذ على الراجح. وكلام أبي عمر في الكافي من هذا القسم،لقوله : ثم مات الأب أو الأم فالحلي الذي على الصبي له دون سائر الورثة،فتأمله بإنصاف. (هـ). وبه يظهر بطلان جواب أبي علي حيث قال : لعل صاحب الكافي أراد إذا لم يلبسه. الخ...

وسئل أيضا عمن له عبد أراد أن يهبه أمة يعفه بها.

فأجاب : يجوز ذلك للتاجر، ونص الحطاب في ذلك: وفي سماع ابن

القاسم : هبة السيد عبده الأسود الجارية يعفه بها لا يعجبني ولا يعمل به لأنه تحليل، إنما الهبة للعبد التاجر. ابن رشد :لا يجوز هذا. (هـ). وعلى التفصيل المذكور عوَّل غيره خلافا لمن قال بالإطلاق.(هـ).

وسئل الشيخ أبو عبد الله سيدي محمد الرهوني عن إنسان أشهد أن بذمته لحفيده ستين مثقالا صارت إليه من وجه سمَّاه، ثم بعد مدَّةٍ وهب الجدُّ أيضا للحفيد المذكور أيضا ما قيمته تضعف على ما أشهد به من الدَّيْن. فهل تلك الهبة باطلة وتنخرط في سلك هدية المدْيان، والمنصوص عدم جوازها أو لا تبطل؟ إذ يبعد كونها هدية مدْيان لكثرة زيادة قيمتها على الدَّيْن، ولا يخفى أن أفعال العقلاء تصان عن مثل هذا مع كون الجد ملاؤه معلوم، كما أن الحفيد معلوم عدمه.

فأجاب : إن تمت الهبة بشروطها فلا تبطل بما ذكر، إذ ليست الهدية مبطلة للهبة مطلقا. بل إذا لم يكن لها سبب غير الدَّيْن وقد وجدنا السبب وهو القرابة الأكيدة مع ما أشرتم إليه من القرائن التي ذكرتموها مع كون الموهوب له محجورا، وأصل الدَّيْن إنما ثبت بقول الواهب واعترافه أولا بشيء لا يُعلم إلا من قبَلِه، فقد كان في سعة من ذلك مع كون المطالَبة به جدة التي تقع الهبة لأجلها غير متوقعة حين الهبة لمحجورية الموهوب له وشدة قرابة حاجره للواهب. (هـ). واعترضه عليه جماعة من المفتين.

وأجاب عن ذلك الحائك حين رفع له الأمر بقوله :الفتوى المعترضة أعلاه صحيحة لقول أبي علي في شرحه لقول المتن «أو يحدث موجب» ما نصه: ابن شاس. قال بعض المتأخرين : هذا إذا لم يجر بين المتعاملين هدية، فإن كانت العادة جارية بالهدية بينهما من غير معاملة أو كان بينهما من الاتصال ما يُعلم أن الهدية له جازت. (هـ). ونقله ابن عرفة وكأن المصنِّف رأى غير الحادث أحرى أو أدرج غير الحادث في قوله إن لم يتقدم مثلها بالفعل أو بالقوة مع أن المصنف تابع لابن الحاجب في تعبيره بقوله : «أو يحدث موجب» (هـ). وقال قبل هذا عن ابن عرفة : والمذهب لا يجوز لذي دين قبول هدية مدينه فيها مع غيرها، إلا من تعودتَّ ذلك

منه أو علمتَ أن هديته ليست لديْنك. (هـ). ثم قال : ففي منع هدية مدين لذي ديْنه ما ليس معتادا له قبل ديْنه مطلقا، أو من ديْن القرض فقط،أو إن لم تكن بطلب منه، رابعها إن كانت مقبوضة قبل أجل الديْن لمعروف المذهب.الخ... (هـ).

وسئل بعض الأئمة عمن وهب بالمشرق أرضا بالمغرب على ابن معه بالمشرق وعلى ابن ابن بالمغرب ومات قبل حوز الموهوب لهما،فالأول لبعده والثاني لعدم علمه.

فأجاب بأنها هبة صحيحة نافذة لما وقعت في غير إبَّان الحرث كما يظهر من تاريخها لكل أحد، وقد مات الواهب بالحجاز قبل إبَّان الحرث من السنة الثانية التي تليها، فلو كان الواهب والموهوب له والشيء الموهوب حاضرين لصحت الهبة، صرَّح به في كتاب الهبة من المدوَّنة،ونصها : وإن كانت أرضا قفارا مما لا تحاز بغلوٍ ولا فيها كراء تكرى ولا أتى لها إبَّان تزرع فيه أو تمنح أو يحوزها لوجه يعرف حتى مات المعطي، فهي نافذة للمعطى له،وحوزه لهذه الإشهاد. (انتهى) منها بلفظها. ونحوه في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الصدقات والهبات، ونص المحتاج اليه منه، فالصدقة ماضية ولا شيء عليها إذا لم تحز،لأن الحوز لا يمكنها ولم يجيء أوانه. (هـ). ولما تكلم عليه ابن رشد قال : وقد مضى بيان هذا في رسم تأخير العشاء من سماع ابن القاسم. الخ... وأشار إلى قوله هناك : وأما إن تصدَّق بها أي الأرض في أوان لا تمكنه حيازتها بحرث ولا عمل ولا كراء فالإشهاد على الصدقة وقبول المتَصَدَّق عليه،حيازة، وإن مات المتصدق بها قبل أوانه، فذلك أيضا حوز،وهو دون الأول، وإن لم يمت المتصدق حتى أتى أوان حوزها فلم يحزها بالحرث والعمل حتى يموت المتصدق فهي باطلة. (هـ). وهذا في حضور الشيء الموهوب. ففي نازلتنا أحرى لغيبة الأرض، وإنما قلنا بالأحروية لأنه قد قيل في غيبة الشيء الموهوب:إنه إذا لم يفرط الموهوب له في الخروج حتى مات الواهب أو خرج، فمات الواهب قبل الوصول،والحوز في نفسه ممكن،فإن الهبة صحيحة بالإشهاد وإن كان المعتمد خلافه،بخلاف الحاضر فإنه لا قائل بالصحة مع

الإمكان، فإن قيل : هذا صحيح في الولد لوقوع القبول منه، وأما ولد الولد فلم يقع منه قبول لغيبته، فالجواب فأن قبول الحاضر يغني عن قبوله، لأنه صرح في المدونَّة أن الحوز في هذه الصورة هو الإشهاد. وفي التحفة :

وحوز حاضر لغائب إذا كانا شريكين بها قد أنفذا

أنظر نص المقرب الذي نقله الشراح هنا. فتحصل أنه إذا ثبت موت الواهب قبل بلوغ إبَّان الحرث من السنة التالية لسنة الإشهاد فالهبة صحيحة بنص المدونَّة والعُتبية. ولم يحك فيه حافظ المذهب ابن رشد خلافا. وكذا أبو الحسن وابن ناجي في شرح المدونَّة. وزاد ابن ناجي قولا : إنها لا تبطل إذا بقي الواهب إلى وقت الإبان سنة أخرى إلا بتصرف الواهب فيها، والله سبحانه أعلم (هـ) وكتب على ذلك الفقيه العلامة النقاد أبو عبد الله سيدي محمد بن محمد الجنوي الحسني، وكان له ولأبيه رحمهما الله معرفة تامة بالفقه ما نصه : المذكور من صحة الهبة المحدث عنها صحيح، والمسلك الذي سلك فيه المجيب أعلاه سدده الله ظاهر لا يمكن ردُّه ولا إنكاره، وقد أطبقت نصوص الأئمة على ذلك فممن نص على ذلك المتيطي، ونسبه للمدونة وأتى بنصها المذكور وابن الهندي قال : إذا تصدق رجل بارض لها كراء أو حرث ولم يات إبان ذلك حتى مات المتصدق فهي حيازة وإن مات بعد إبان ذلك فلم يفعله المتصدق عليه فلا صدقة له ومعنى ذلك إذا لم يحزه بحضرة بينة وأما إن حاز الهبة بمحضرها فلا يحتاج إلى إن يفعل شيئا من الوجوه المذكورة (هـ)، ونحوه لغير واحد كالرجراجي، وأشار له ابن سلمون والشيخ ميارة في شرح التحفة والباجي قال (أي الباجي) حوز الأرض التي لا عمل فيها هو الإْشهاد كالدَّيْن. ثم قال : وإن كانت من أرض الزراعة والعمل فإن كانت في غير إبَّان العمل أجزأ أن تكون محدودة في كتاب الهبة ويشهد بتسلمها. وأتَمُّ من ذلك أن يقف بالبينَّة على حدودها ويشهد مع ذلك بقبضها، قال ذلك مطرف وأصبغ. الخ... وقد ذكر صاحب المجالس المكناسية في كتابه في الجامع مسألة من هذا المعنى، وهي : رجل حبَّس مقطعاً له معدّاً لعمل الخير وأشهد على حبسِه وحدوده، ولم يقع حوز فيه حتى مات المحبس بقرب

إشهاده في وقت لا يمكن فيه عمل في المقطع المذكور، فنازع الورثة في صحته، وقالوا: إنه لم يجز. فقال : إن الحبس فيه صحيح نافذ لعدم إمكان الحوز بموت المحبس بقرب التحبيس حتى لا يمكن عمل فيه، واستدل لذلك بكلام ابن رشد في رسم تأخير العشاء من سماع ابن القاسم المنقول في الجواب أعلاه. وزاد في النقل عن ابن رشد ما نصه : وقد فرّق ابن رشد في الحيازة بين الدار الغائبة والأرض التي لا يمكن حوزها، فقال في الأرض: إن مات المتصدق بها قبل إمكان حيازتها اكتفى بالإشهاد فيها ولم تبطل الصدقة فيها. (هـ).

والأحروية التي ذكرها المجيب المذكور ظاهرة، لأن هبة الأرض الغائبة إذا لم تقبض قبل موت الواهب فيها أربعة أقوال: مذهب ابن القاسم هو البطلان، فرط في الخروج أم لا، وقول مالك في الواضحة: إذا لم يفرط حتى مات الواهب فالهبة صحيحة، وخروجه قبض لها، والقول بالبطلان في الهبة الغائبة هو فيما إذا أتى الإبّان قبل موت الواهب، وأما إذا مات قبل إتيان الإبّان فالإشهاد كاف في الحوز، كما تقدم عن المدونة وغيرها إذ لم يفرقوا في ذلك بين الهبة الحاضرة والغائبة، إذ لا يكون الغائب أسوأ حالا من الحاضر لأن المدار على وقت الابّان، فإن وقع الموت قبله صحت وإلا بطلت، وهذا باعتبار الموهوب له الحاضر مع الواهب، وأما الغائب فلا يحتاج إلى حوز، وحوز الحاضر يكفيه إذا بلغه الخبر قبل، وقد علمت أن الإشهاد كاف في الحوز في هذه الصورة. وفي الكافي : لو وهب رجل هبة لرجلين أحدهما غائب، كان قبض الحاضر حيازة للغائب إن قبلها الغائب إذا قدم وإلا رجعت حصته إلى واهبها. ومن وهب لغائب شيئا وأشهد عليه وأعلن وتخلى عنه صحت الهبة، وقيل: لا. (هـ). ونقله في المفيد وابن سلمون، وكلام المقرب الذي نقله ميّارة هو للمدونة، والله أعلم. (هـ). واعترضه أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك فقال : لا بد من ثبوت ما ذكر ليظهر ما يؤول اليه الأمر، فإن المسألة عويصة. وفي ابن سلمون قال سحنون : قلت لابن القاسم: فإن تصدقت على رجل بأرض في افريقية وأنا وهو بالفُسْطاط، فقال المتصدق عليه: إشهدوا أني قبضت وقبلت، قال : لا يكون هذا قبضا إلا أن يكون من أب عن ولده الصغير فهي له، وأما الكبير فلا شيء له، فرط أو لم يفرط. (هـ). ونحوه لغيره. وفي شرح أبي علي

نقله عن المنتخب وهو نص فقهي مقدم على غيره، فمن رام تصحيح هذه الهبة بعد ما ذكر فعظيم، لأن مخايل السقوط عليها واضحة، وهذه المدونة استثنت الأرض القفرَاءَ وابن رشد في الأجوبة الأرض الخربة حسبما في التَّبيين وغيره. والتفصيل إنما هو في هبة الشيء لمن هو بيده لا غيره، ونصه : وتحصيل القول فيمن وهب شيئا لمن هو بيده أو دينا عليه أنه إن علم وقبل في حياة الواهب صحت الهبة باتفاق، وإن علم ولم يقل قبلت حتى مات الواهب بطلت عند ابن القاسم، وصحت عند أشهب، وإن لم يعلم حتى مات بطلت باتفاق إلا على رواية شاذة. قاله ابن رشد، ونقله احلولوا، والقلشاني في شرح ابن الحاجب ومصطفى. فإن وهبه لغير من هو بيده ولم يحز بطلت في الصور الثلاث بموت الواهب قبل الحوز، وصوَّب في الطرر عُذره بعدم علمه، ووقع فيه اضطراب من أهل تونس، وعذره ابن راشد القفصي، ورده مصطفى، والمسألة محتاجة لأكثر من هذا. (هـ). ثم ردت القضية للحائك أيضا، فكتب فيها ثانيا بعد نص ابن سلمون، المنقول قبل ما نصه : كيف لا، وأبو علي في شرحه نقل مثل ما لابن سلمون على المنتخب، ونصه : قلت لابن القاسم : فإن تصدقتُ على رجل بأرض لي بإفريقية وأنا وهو بالفُسْطاط فقال : إشهدوا أني قبضت وقبلت، قال : لا يكون هذا قبضا. وفي سماع ابن القاسم : مَن تصدق على محجوره بأرض غائبة فلم يقبضها إلى الموت مضت، وعلى غيره بطلت، فرط في الخروج أم لا، نقله أبو علي في شرحه، وسلمه وهو جدير به. وقال ابن غازي في حواشيه : وأما إذا لم يعلم بها الموهوب له إلا بعد موت الواهب فإنها تبطل كما في المدونة وغيرها، والقول الآخر الذي ذكره ابن الحاجب بالصحة لم يوجد. (هـ). وقال سيدي عبد الرحمن الفاسي في حواشيه بعد كلام، المتجَهْ ما عند ابن غازي ، فلا يقاوم ما فيها وغيرها ما في التوضيح عن ابن راشد، ونصه : وينبغي إذا لم يعلم بالهبة، فلما مات الواهب دُفع له عقد الهبة وعلم ذلك، أن لا تَبْطُل، وقد وقعت بتونس ووقع فيها اضطراب، ووجدت في الطرر أنه معذور بعدم علمه، وهو الصواب، والله أعلم. (هـ). خلافا لأبي علي في استظهاره له لمخالفته المدوَّنة وغيرها. الحاصل الحاضر مع الواهب لا شيء له كما في ابن سلمون والمنتخب عن ابن القاسم : والغائب لا شيء له، لما في نقل ابن غازي

عنها وعن غيرها، فبانَ أن لا شيء لهما، والاعتماد على غيره لين لا يقاومه، وإن قاله من قاله، فتأمل ذلك ولا تكن إمَّعَةً، هذا ما ظهر بعد كد شديد، والله الموفق لاتباع الحق وإن كان مرّاً. (هـ).

وسئلت عمن أشهد أنه تصدق على بنتيه الصغيرتين في حِجره فُلانة وفُلانة بحانوته التي له بمحل كذا وأنه حائز لهما بحسب النيابة حتى يبلغا مبلغ الحوز لأنفسهما، فمات الأب بعد ست سنين، وأثبت بعض الورثة أنه لم يزل يعتمرها الى أن مات وأراد إبطالها، فهل له ذلك أم لا ؟ فأفتى بعض من ينسب نفسه للعلم ببطلانها، وتبعه غيره.

فأجبت : الحمد لله، البيِّنة التي استظهر بها أحد الورثة أن أباه لا زال يعتمر الحانوت إلى أن مات. الخ... لا تفيد شيئا، أما أولا : فإن الأب هو الحائز لهما، وقد أشهد في رسم الصدقة أنه نائب عنهما فلا يضر ذلك الاعتمار الصدقة، وإن استمر إلى الموت، لأنه بحسب النيابة فقط. وفي نوازل الهبات من المعيار عن ابن لب ما نصه : وإن عمَرَها من تاريخ الهبة الى أن مات فهو على الصحة، ويحمل الأمر على أنه عمرَها لأولاده الموهوب لهم حتى يثبت أنه كان يعتمرها ويستغلها لنفسه، فيختلف في صحة الهبة حينئذ على قولين : المشهور بطلانها والصحيح صحتها. (هـ)، وأما ثانيا : فعلى تسليم أنه كان يعتمر الصدقة لنفسه فلا يضرُّ أيضا، لأن هذه البيِّنة لم تشهد أنه منذ تصدَّق وهو يعتمرها ولم يرفع يده عنها قط، بل أطلقت في الاعتمار، فيحتمل أنه إنَّما اعتمرها بعد مرور السنة، وذلك لا يضر. وقد اختار الشيخ الرهوني أنه إذا جهل تاريخ رجوع العطية لمعطيها، هل قبل السنة أو بعدها، أنه يحمل على أنه بعد مضي السنة، ويؤيده أن الأصل في العقود الصحَّة، وأن القول لمدَّعيها. وأما ثالثا :فعلى تسليم أنه لم يرفع يده عنها قط، وأنه كان يستغلها لنفسه فذلك غير مضر في الصدقة والهبة، بخلاف الحبس. قال الزرقاني على قول المختصر في باب الهبة «إلا لمحجوره» ما نصه : ولابد في صحة حوز الواهب لمحجوره من إشهاده على الهبة وإن لم يحضرها لهم ولا عاينوا الحيازة ولا صَرْفَ الغلَّة له على المعتمد، كما أفتى به ابن عرفة والغبريني والرصَّاع، ونحوه لابن

رشد وبه العمل. الخ... وأما ما سطر أعلاه من أن الصدقة بالحانوت كالصدقة بدار السكنى. فلا قائل به أصلا، وإنما ألحقوا بها الملبوس والمركوب للواهب، وما لا يعرف بعينه كالنقود فتأمّله. وقول ابن رشد : جلوسه في الحانوت للتجر بمنزلة سكنى الدار.الخ.. لا يلزم منه إلحاق الحانوت بدار السكنى في وجوب إخلائها من جميع شواغله خلافا لمن وَهِمَ، لأن التشبيه في شيء خاص فتأمّله، والله أعلم. قاله وقيّده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به (هـ).

وسئل الشيخ الرهوني من الجانب المعتز بالله،

فأجاب : بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى اللهِ على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما. وبعد، فقد ورد عليّ الأمر المولوي الشريف المطاع بالنظر في نازلة اضطربت فيها الآراء وكثر فيها النزاع واختلفت فيها فتاوي ساداتنا العلماء وفّرهم الله وأدام النفع بهم في آرائهم وأنقالهم، ولست بأهل لذلك وكيف وأنا لا نساوي تراب نعالهم، وإنما ذاك لمحبَّة سيِّدنا وحسن ظنِّه الجميل جزاه الله عنا وعن المسلمين الأجر الجزيل وأقعده مع المقسطين على منابر من نور في ظلِّه الظليل، فلم أجد بدّاً من امتثال الأمر الشريف الذي ورد، فبذلت في ذلك جهد مُقِل جادَ بالذي وَجَدَ، فأقول مستعينا بالله ومتوكلا عليه ومُتبريا من الحول والقوة إليه : تحقيق القول في ذلك ينحصر في مقدمة وفصلين وخاتمة. أما المقدمة ففي دار السكنى الموهوبة للولد أُفردت لانفرادها في علَّة البطلان والصحَّة عند ساداتنا المجيبين فيها. وأما الفصل الأول : ففي صَرْفِ الواهب الغلة في مصالح نفسه هل يبطلها إذا ثبَتَ؟ وأما الفصل الثاني : ففي ثبوت ذلك بأي شيء يحصل. فحاصل المقدمة أن الأب وهب دار السكنى على ابنه الصغير، وشهد عدلان من أهل العلم بالهبة، وبخروج الواهب منها وبإخلائها من جميع شواغله بمعاينتهما، فأقام خصمه شاهدا تُلقِّيت منه الشهادة، ثم أدَّى عند القاضي فقبله بأنه رجع إليها بعد تسعة أشهر وسكنها بأهله، وأثبت نائب الابن بشهادة سبعة من اللفيف وعدلين أنه استمرَّ ساكنا بدار له أخرى بموضع كذا حتى مضت سنة كاملة وأشهر بمعاينتهم، وزاد العدلان أنه حين رجع إليها بعد المدَّة المذكورة أشهدهما أنه إنما

يسكن بها على وجه الكراء لابنه، وأدّى الجميع وقبل العدلان؛ ولا إشكال على هذا في صحة هبة الدار على الطريقة المعمول بها، وهي طريقة المتيطي، وابن الحاج وغيرهما؛ وشهادة المتلقى منه لا تعارض الشهادة الأخرى. أما أولا : فإنه لم يزد في شهادته أنه استمرَّ بعد رجوعه ساكنا بها إلى أن مات، فيحتمل أن يكون خرج منها بعد رجوعه إليها، وإنما تبطل بالأول. وأما ثانيا: فإنه لا تقاوم شهادته بشهادة عدلين وسبعة من اللفيف، فلأجل هذا اعترضنا عن التعرض إلى أكثر من هذا، وإن كان في المسألة أربع طرُق.

وأما الفصل الأول فحاصله أن في ذلك أقوالا أربَعة : الأول البطلان مُطلقا، الثاني عكسه، الثالث التفصيل بين الكل والبعض، الرابع التفصيل بين صرف الغلة نفسها، كأكل الثمرة وصرف ثمنها، ككراء الحوانيت مثلا، وبيع الثمرة وأكل ثمنها، وتأتي معزوة إن شاء الله، والمرجح منها الأول والثاني، أما الأول فصرح المتيطي بأنه المشهور والمعمول به، وتَبِعه على ذلك غير واحد، منهم العلامة أبو عبد الله ابن مرزوق في جواب له ذكره في نوازل الدُّرر المكنونة أول نوازل الهبات والصدقات، ومنهم أبَو العباس الونشريسي في جواب له مذكور في المعيار، حتى بالغ في ذلك أبو يحيى ابن الشريف (أي عبد الله التلمساني) إذ قال في أثناء جواب له مذكور في نوازل الأحباس من المعيار بعد أن قرر أن شرط الصحة في الصدقة لغير الصغار مُعاينة الحوز، وللصغار عدم صرف الغلة في مصالح نفسه، ما نصه : وقد تظافرت نصوص أئمة المذهب في اعتبار هذين الشرطين : المعاينة في غير الأب لمن يليه، والسلامة مما ذكر في مسألة الأب لمن يليه، ولا أعلم خلافا بينهم في ذلك. (هـ). وبه أفتى أبو الحسن ويأتي جوابه إن شاء الله، وهو الذي رجحه أبو علي في الحاشية والشرح. وأما الثاني فقد صرح الشيخ علي الأجهوري وبعض من تبعه بأنه المعتَمَد في الهبة والصدقة، وسلموا أن المعتمد في الحبس اعتبار الشرط، ولفظ الشيخ عبد الباقي : ولا صرف الغلة له على المعتمد. كما أفتى به ابن عرفة والغبريني والرصَّاع، ونحوه لابن رشد، وبه العمل. ولعل الفرق بينها وبين الوقف أن الواقف خرج عن الغلة فقط، فاشترط صرفها له كما قدم في الوقف. وأما

الواهب فخرج عن الذَّات، والصدقة كالهبة في ذلك. (هـ). وصرح الشيخ إبراهيم بأنه مشهور، لكن زاد أن الأول مشهور أيضا، ومما يُصدق قول الأجهوري وأتباعه كلام ابن مرزوق الذي نقله التوضيح وابن عرفة والقلشاني وغيرهم، وسلموه، ونصه : واللفظ لابن عرفة : ذكر أصحاب الوثائق أن الأب إذا قامت البينة فيما تصدق به على ابنه الصغير مما له غلَّة أنه استغله وأدخل الغلة في مصالح نفسه إلى أن مات فصدقته باطلة، كالسكنى إذا لم يخل الدار حتى مات، ومثله في المدنية لابن كنانة، وظاهر المذهب خلافه، وأن الصدقة جائزة. (هـ). ويشهد لما قاله وسلموه كلام أبي الوليد ابن رشد في مواضع من البيان. ومما يزيد ما ذكرناه ترجيحا أنه الذي أفتى به الإمامان الجليلان: أبو عبد الله ابن الحاج وعصريُّهُ أبو الوليد ابن رشد. أُنظر فتوى ابن الحاج في المواق عند قوله في الحبس : وصرف الغلة له، وفتوى ابن رشد في الدُّر النثير عن نوازل ابن الحاج وأنه الذي اختاره الإمام ابن عرفة وأفتى به في الحبس، فالهبة والصدقة أحرى. ففي القلشاني ما نصه : ذكر لنا شيخنا أبو مهدي سيدي عيسى الغبريني، قاضي الجماعة بتونس حرسها الله، عن شيخه الإمام أبي عبد الله محمد بن عرفة الورغمي، رحم الله الجميع بمنِّه، أنه أفتى فيمن حبَّس على ابنه الصغير ربعا وحازه ثم تعدَّى على غلته وأدخلها في مصالح نفسه أن الحبس صحيح. (هـ). وقد سلم هو وشيخه هذه الفتوى. ومما يدل على صحة ما قاله الأجهوري ومن تبعه في الهبة والصدقة زيادة على ما تقدَّم، أن كثيراً من فحول المذهب وأئمته ممَّن اعتمد ذلك القيد في الحبس لم يعرجوا عليه في الهبة والصدقة كصاحب الجواهر وصاحب الشامل وابن الحاجب، وسلمه ابن عبد السلام والتوضيح، وذهب عليه في المختصر، ووجْه تفريقهم ما أفصح به الأجهوري ومن تبعه، وقد ذكره أبو علي نفسه معترضا به على التوضيح، وقد عهد الفرق بين الحبُس وبين الهبة والصدقة من غير هذا الوجه في غير ما مسألة، حسبما في المدوَّنة وغيرها، فتحصَّل أن ما رجحه الأجهوري وأتباعه وسلمه الشيخ التَّاودي راجح غاية، وأنه من الشهرة والوضوح في نهاية، وأن اعتراض الشيخ بناني عليهم ساقط وإن تبع فيه أبا علي، والعلم كله لله الكبير العلي.

وأما الفصل الثاني فالذي في عبارتهم ثبوته بالبيِّنة. ففي نوازل أصبغ من كتاب الصدقات والهبات ما نصه : حتى يُعرف غير ذلك من أنه كان يعتملها لنفسه اعتمالا دونهم بحالها الجارية فيها قبل الصدقة بها لنفسه وشأنه، تقوم بذلك بينة تقطعه وتعرفه. فإن كان كذلك فعسى أن يبطل، وإلا فهي صدقة ماضية للصغار، والبيِّنة على الآخرين وهم المدَّعون، وليس على الصغار تثبيت. (انتهى) محل الحاجة منه. وقال ابن رشد في رسم يدير ماله من سماع عيسى من كتاب الهبات والصَّدقات ما نصه : وذكر أصحاب الوثائق أن الأب إذا تصدَّق على ابنه الصغير بما له غلة، فاستغل الغلة وأدخلها في مصالح نفسه وقامت بذلك بيِّنة، ولم يزل كذلك إلى أن مات الأب فالصدقة باطلة. (انتهى) محل الحاجة منه. ونقله ابن عات في الطرر، وتقدَّم نحوه في عبارة ابن زرقون، ونحوه في عبارة المتيطي وابن سلمون : والمتبادر من ذلك أنه لا بد من البيِّنة، ولا يكفي إقرار الأب، وعلى ذلك فهمه ابن لبابة، والله أعلم. وسلم كلامه المتيطي، ونصه : وقال محمد بن لبابة فيما تقدم من شهادة الشهود في إدخال المحبس غلَّة الحُبُس في مصالح نفسه : هذه شهادة غَموس لا يكاد يُعرف ذلك لأنه غيب، والشهادة فيه غير جائزة. (هـ) على اختصار ابن هارون. وصرح الغرناطي بوثائقه بمعاينة البيِّنة فقال عطفا على ما يبطل الحُبُس ما نصه : وباستغلال المحبِّس وإدخاله في مصالحه بمعاينة البيِّنة لذلك. (هـ). ومن هذه المعاينة التي صرح بها وهي ظاهر كلام من قدمناه، نشأ اعتراض ابن لبابة السابق، إذ لو كان قول الأب كافيا ما جاء الإشكال قطعا. ووقع في جواب لأبي الحسن نقله في الدر النثير، وصاحب المعيار، واللفظ له ما نصه : وهو محمول على أنه حاز وتصرف في الغلة للصغار في منافعهم وكسوتهم وعولتهم، حتى يعلم بإقراره أو بما يقوم مقامه أنه إنما تصرف لنفسه، فحينئذ تبطل. (هـ). ولم يتعرض ابن هلال لشرح قوله بإقراره لا لبيان الزاد به ولا لقبوله ولا لرده، وكذلك صاحب المعيار، وهو مشكل، إذ لا تصدُق حقيقة الإقرار على قول الأب : كنت أصرف الغلة في مصالح نفسي، سواء قلنا إن حقيقته قول يوجب حقا على قائله، أو قلنا بما صوَّبَهُ ابن عرفة من أنه خبر يوجب حكم

صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه، لأن الأب نائب محجوره، ولكن لا يصح ذلك لأن الأب نائب محجوره فيما له فيه منفعة من بيع أو ابتياع ونحو ذلك مما فيه مصلحة له، وتصرفه في غلة ما تبرع به على ابنه في مصالح نفسه وهو غير محتاج لا يجوز، فلا نيابة له عنه في الأكل أولا، ولا في الإخبار بذلك ثانياً. وأيضا إقرار الأب والوصي ومقدَّم القاضي على من في قبرهم إنما ينفذ فيما تولوا فيه المعاملة وإلا فلا، فإن أقروا لم يعمل بإقرارهم، ويكون قولهم شهادة تتوقف على شروطها، فتأمله بإنصاف. ولولا أن جوابه هذا وقع في الصدقة لأمكن أن يحمل على هبة ليس فيها مانع اعتصار، فيوجبه قبول قوله إذ ذاك بأنه اعتصار، بناء على القول بأن الاعتصار لا يشترط فيه خصوص هذه المادَّة وهو الحق، ومع ذلك فتسميته إقرارا مجاز. والذي يتعين عندي المصير إليه العمل بما صرح به الغرناطي وهو ظاهر كلام غيره، والله سبحانه أعلم. وأما الخاتمة فالواقع في الحجة التي احتج بها الخصم هي ما نصه : تلقى شهيداه من فُلان وفلان إلى أن قال : ويعرفونه يتصرف في أملاكه : الأجنة التي له خارج باب مراكش، وفي حظ من السّانية بالباب المذكور، والحوانيت التي له بسوق الخضّارين بمدينة الرباط، والتي بالصبّاغين من المدينة المذكورة، وفي حظ من الدار التي له بدرب كديرة، ويقبض غللها ويصرفها في مصالحه ونفقته، وسمعوا منه في حياته أنه يقول إنما نعيش أنا وأولادي من غلل ما ذكر من الأملاك المذكورة، وبقوا يسمعون منه ذلك إلى أن مات تلقيا تامّاً.الخ.. وبعده وبمثل ما شهد به الشهود أعلاه حرفاً حرفاً وفصلا فصلا يشهد فُلان وفلان. وبعده الحمد لله، أدَّى المتلقّى منهم وعدلا المثلية بمضمَّنه فثبت. إلخ...

وتقيَّد بعده الحمد لله، وقف شهيداه عن إذن من يجب أسماه الله على عين حانوتين بالسوق الكبير، إحداهما بالصبّاغين منه والأخرى بالخضّارين، وشهد له فيهما شاهدا المثلية أعلاه، يليه أنهما يعرفان الحانوتين المذكورتين لفُلان، كما أن الحظ من السَّانية المذكورة المعروفة له كذلك، وأنه لا زال يتصرف فيما ذكر من الحانوتين المذكورتين والسّانية المذكورة قيد حياته إلى أن مات وترك الجميع من جملة متروكه،

وأنه حين تقعَّد عن الأسباب كان يصرف مستفاد ما ذكر في مصالح نفسه إلى أن مات كل ذلك في علمهما.الخ... وهذا لا يثبت به صرف الغلة الموجب للبطلان عند القائل به لأمور. منها : أن شاهدي المثلية حين فسَّرا ثانيا أجملا في مستند العلم، وشهادتهما الأولى قد بينّا فيها أن مستندهما سماعهما منه أنه كان يقول : إنما نعيش أنا وأولادي مع أن ما أقر أنه كان يعيش منه، فيه أجنَّات وحظ في دار ليست داخلة في الهبة، وإقراره بأنه كان يعيش هو وأولاده من مجموع ذلك ليس صريحا في أنه كان يدخل غلة الموهوب بخصوصه في مصالح نفسه خاصة، يظهر ذلك بأدنى تأمُّل، فإن حمل إجمالهُمَا ثانياً على ما بينّاه أولا كان في شهادتهما زيادة ونقصان وتخالف لا يختلف فيه إثنان، وإن حمل على أنهما استندا إلى معاينتهما فيما خصصاه آخرا فلم يذكراه. وقد علم ما في الإجمال في مستند العلم من غير العالم ومنها أنهم لم يشهدوا بأنه كان يستغلها على وجه التَّملك لها، إذ يحتمل أنه كان يفعل ذلك على أن تكون لهم في ذمته على وجه السَّلف حتى يردها عند احتياجهم إليها، وقد أشهد الأب بأنه تحمَّل عنده من احدى الحانوتين كذا، دفع في بعضه أمَة والباقي بذمته، وذلك يؤكد هذا الاحتمال. وقد قال في الدر النثير : قد عقد أهل الوثائق وثائق بإشهاد الأب لأولاده الصغار بما اجتمع عنده من غلة ما حبس عليهم أو وهبه لهم، وقالوا يثبت لهم ما أقر به بعد موته من ذلك، إلا أن يتبيَّن أن الأصل لا يستغل منه ذلك في تلك المدَّة، فلهم بمقدار الغلة. (هـ). والمتيطي نفسه ممَّن قال بهذا حسبما يوقف عليه في كلامه. ومنها : أنَّالَوْ سلمنا أراد الوجه الأول، فلا يعمل بذلك، لأنهم لم ينصوا أنه فعل ذلك من أول ما وهب أو أقر به، مع أنه لا بد من ذلك، لأنه إذا تأخر فقد تقرر الملك أولا للموهوب له، فلا يضر ما فعل بعد ذلك، ولا يبطل الملك الذي تقرر. قال في الدر النثير، وقول الشيخ : وقال الموثقون يبطل، يريد إذا قامت بيِّنة بتصرف الأب في الغلة واستغلالها لنفسه من حين الهبة إلى أن توفي. (انتهى) منه. وفي الدرر المكنونة : فما وهبه هو أو غيره مما يُعرف بعينيه هو الحائز لهم ذلك والناظر فيه إذا لم ينتفع بما صار منه إليهم قبل تمام حوزه انتفاعا عاما. (هـ). وفيها أيضا أثناء جواب للعلامة ابن مرزوق ما نصه : فإن لم تزل بيد الأب من حين تصدق بها إلى أن

مات وثبت أن تصرفه فيه بعد الصَّدقة.الخ... أنظر بقيته إن شئت. وفي رسم الرطب باليابس من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات ما نصه : وقال مالك فيمن تصدق على ولده وهو صغير بدَيْن كان له على رجل ثم اقتضاه الأب بعد ذلك فهو بمنزلة العبد يتصدَّق به عليه ثم يبيعه فالثمن للابن. قال القاضي : هذا كما قال.لأن تنضيض العرض المتصدق به بالبيع كقبض الدَّيْن، وسواء باعَ العرض لابنه باسمه أوجهل ذلك، فلم يُعلَم إن كان باع لنفسه أو لابنه، وأما إن كان باع ذلك لنفسه نصا على سبيل الرجوع فيها والأكل لها، فالبيع مردود، والصدقة جائزة ويتبع المشتري الأب بالثمن في حياته وبعد وفاته،وجده أو لم يجده، لأن الصدقة قد كانت حيزت للابن. (انتهى) محل الحاجة منه. وقال في شرح أول مسألة من رسم يدير من سماع عيسى من الكتاب المذكور ما نصه في الواضحة لأصبغ،قال فيمن تصدق على ابنه الصغير بدار ثم باعها : فأما إن باعها باسم ولده أو سكت وباع مبهما فالبيع جائز، والثمن للإبن على الأب في حياته وبعد وفاته، لأنه محمول على أنه باع له،إلا أن يشهد عليه أنه باع لنفسه نصا استرخاصا لصدقته وأكلا لها،فرد البيع،وتُصرف الدار إلى الولد، حيا كان الولد أو ميتا، إن كان بيعه للدار بعد أن حازها له بما يحوز به الأب صدقته على ابنه. (هـ).

وقال ابن يونس، ومن العتبية قال مالك : ومن تصدق على ولده الصغير بديْن ثم اقتضاه الأب بعد ذلك، فهو بمنزلة العبد يتصدق به عليه ثم يبيعه. محمد: وقاله مالك وأصحابه، قال عيسى عن ابن القاسم : لأن الدنانير قد حيزت مدَّةً، حيازة تامَّة قبل قبضها الأب، كما لو تصدق على ولده الصغير بدنانير وجعلها بيد رجل يحوزها، ثم حدث للرجل سفر أو مات، فقبضها ومات فهي ماضية،لأنها حيزت مدَّة، وكالدُّور يتصدق بها فتحاز سنين ثم يسكنها بكِراء أو غيره فيموت فيها فهي جائزة. (هـ). وقوله : سنين، لا مفهوم له، أو هو على رواية أن السنة ليست بطول. ولما ذكر في المفيد الخلاف في السنة، هل هي طول في دار السكنى، وعزا هذا لابن القاسم، قال بعده ما نصه : وانظر على قول ابن القاسم إن كان المتصدق قد أخرج الصدقة من يده ووضعها على يديْ عدل فقبضها منه للمتصدَّق عليه، وكان المتصدَّق عليه ابناً صغيراً ثم أمتعه العدل ذلك بعْد سنة أو

اكترى منه فعمر حتى مات، هل يكون كالأجنبي والابن الكبير، أم لا، والظاهر أنه كالأجنبي والابن الكبير والله أعلم. (هـ). ووجه الدليل من هذه النصوص الواضحة القاطعة جليٌّ لقول ابن رشد في قبض الديْن وبيع العبد ما نصه : لأن الصدقة قد كانت حيزت للابن. وهذا المعنى موجود في مسألتنا، مع أن بيع العبد والدار بعد تقرر الحوز فيهما يوجب أحروية الاستغلال بعد التقرر، كما في مسألتنا لقوة البيع وضعف الاستغلال، ولذلك كان الأول حوزا حتى فيما بين الأب وابنه في باب الحيازة. ولم يعتبر الثاني فيها فيما بينهما ما صدَّق في الصورتين فيما علمت. ومنها : أن شاهدي المثلية قد بينا في استفسارهما أن مبدأ صرف الغلة كان حين تقعده عن الأسباب وغيرها، وهذه حجَّة للموهوب لهما قد احتج بها الخصم وذلك تسليم لها. كما يأتي بيانه إن شاء الله لأن ذلك صريح في أن زمن الصرف كان متأخرا عن الإشهاد بالهبة، وأنه لم يكن قبل يصرفها في مصاريف نفسه، وهذا مصحح للهبة لا مبطل لها حسبما تقدمت النصوص الشاهدة بذلك. وأيضا هذه الشهادة أفادت أن الصرف إنما كان لعجز الأب عن الأسباب وغيرها. والصرف عند احتياج الأب إليه لا يبطلها عند القائل به، لأن أبا الحسن ممن أفتى بالبطلان كما تقدم. ومع ذلك فقد قال عند قول المدوَّنة في كتاب الصدقات : وأما الأب والأم إذا احتاجَا أنفق عليهما ممَّا تصدقا به على الولد ما نصه : ظاهره كان كبيراً أو صغيرا. أما الكبير فيفضي عليه بذلك، وفي الصغير يأخذ ذلك لنفسه. قال في الرهون : يأخذ الأب من مال ولده إذا احتاج. (هـ). ونحوه لابن ناجي في شرحها ونصه : ظاهره كان الولد صغيراً أو كبيراً، وهو كذلك، فالكبير يُقْضَى عليه والصغير يأخذ لنفسه لقولها في الرهون : يأخذ من مال ولده إذا احتاج. (هـ). وقد تقدمت الإشارة إلى إشهاد الأب لابنه بمستفاد غلة إحدى الحانوتين، فأثبت الخصم بشهادة عدلين أنه كان إذ ذاك مريضا وذلك تسليم منه لإشهاد الأب، فهو حجة للمحجور لما قاله عياض وغيره : أن من احتج برسم فهو قائل بما تضمنه، وكون الأب إذ ذاك كان مريضا على تسليم أن مرضه ليس بخفيف لا يضر. لأن الإقرار في المرض للوارث إنما يبطل إذا لم يعلم سببه، وهنا سببه معلوم، فهو نافذ فلا إشكال. وتحصل من هذه الخاتمة أن الهبات كلها

صحيحة على كل حال إلا أن يكون للخصم حجة غير ما أراني. وقد سئل فقال : لا شيء عنده مع أنه طال زمن أخذه للنسخة من تلك الهبات وأُجل لإثبات ما يبطلها نحو العامين، وذلك يوجب تعجيزه من دون مَيْن. هذا ما ظهر لهذا العبد الضعيف بعد مراجعته الدفاتر، واستعمال فكره الفاتر، والله سبحانه أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب. قاله وكتبه عبد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج وفقه الله. (هـ). زاد في حاشيته : وبهذا صدر الحكم من سيدنا أمير المؤمنين وناصر الملة والدين، سلطان العلماء، وعالم السلاطين، المنصور بالله المؤيد أبي الربيع مولانا سليمان بن محمد لمَّا وقعت النازلة برباط الفتح وكثر فيها الاضطراب واختلفت فيها فتاوي أهل العصر، فرفعت إليه أدام الله عزه غير ما مرة بموجبه إلى الخصمين، فقيدت ما عندي في ذلك ووجَّهته إليه، فنفذ الحكم بذلك، والله أعلم. (هـ) باختصار.

وسئل العلامة أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عن جدَّة تصدقت بسدسها على حفائدها وقبلها منها وحازها الكبير منهم وذلك في البادية.

فأجاب : إنها صحيحة على ما أفتى به أبو الحسن فقال : شأن البادية تصُّرف الأكابر على الأصاغر، ولهذا العرف يتركون الإيصاء اتكالا منهم على أنه سيفعل بغير إيصاء، فالأخ الكبير مع الأصاغر بالبادية لهذا العرف يتنزل منزلة الوصي، على هذا درجوا، ثم أيَّده برواية ابن غانم عن مالك، وتبعه عليه ابن هلال وغيره، ورجحه أبو علي في حاشيته وشرحه، وعليه عوَّل شيخنا بناني في حواشيه على الزرقاني، وقال بغض أصحابنا: إنه به شاهد الفتوى ممَّن يعتمد عليه من أهل العلم. وبالجملة فقبول هذا الكبير عن نفسه وعن أخويه ماض، وكذا حوزه غير الاعترافي. غير أنه هنا حيث كان الأصل في يده فالقبول كاف اتفاقا، كما في تحصيل لشيخنا المذكور عند قول المتن في الهبة : أو وَّهب لمودع الخ... هذا تحقيق المسألة ممَّن عُمْدَتُهُ عليه تعالى. (هـ).

وسئل أيضا عمن سامح حفائده في سدسه الذي ورثه فقبل منه أمَّهات حفائده وحُزْنَ عنه ذلك اعترافا.

فأجاب : إن المسألة المذكورة إذا مات المسامح غير صحيحة لأمرين : الأول ، أن الأم لا تقبل ولا تحوز إلا إن كانت وصيا كما نص عليه في المدوَّنة وغيرها. الثاني ، أن الحوز بالاعتراف لا يكفي كما للجزيري في وثائقه. (هـ).

وسئل أيضا عن امرأة خدمت أخرى مدَّة وأشهدت الخادمة أنها فعلت ذلك احتسابا، وكانت المخدومة متفقِّرة، فماتت المخدومة وأرادت الخادمة الرجوع معْتَلَّة هي ووكيلها بعدم القبول.

فأجاب : إنها لا رجوع لها فيما سلمت فيه ونوته لله، ولا حجة لها فيما اعتلت به لقول مالك في المدوَّنة : إن حمل من وهب هبة لرجل فمات الموهوب له قبل أن يقبض هبته فورثته مكانَه يقبضون هبته وليس للواهب أن يمنع من ذلك. انتهى من التَّاج ،وهو واضح. (هـ).

وسئل أيضا عن امرأة تصدَّقت على ولد ابنها بثلث مالها وقبله والده ثم أرادت الرجوع فيما فعلت وباعته لأجنبي.

فأجاب : لا رجوع لها على المذهب، وبيعها قبل الحوز ماضٍ، وكان الثمن للمعطى، كما هو مذهب المدوَّنة ودرج عليه خليل وغيره، وإن كان بيعها بعد الحوز لم ينفَّذ كما هو واضح وذكره غير واحد. (هـ).

وسئل أيضا عمَّا أفتى به غيره من أن الزوج إذا لم يوافق على نحلة نصف أملاكها لولدها وأراد إبطالها فله ردُّ الجميع، وهو قول الشيخ خليل : وله رد الجميع إن تبرعت بزائد، وهو قول ابن القاسم كما للموَّاق في تاجه. ولأبي علي عند قوله في الوصية : ولوارث الخ... نقلا عن الفائق ما نصه : وينبغي إذا أرادت المرأة أن تكتب هبة شيء من مالها، فإن كان أزيد من الثلث ولها زوج فلا يكتب لها حتى يحضر زوجها ويأذن، إذ الحق له في ذلك، ثم نقل كلام ابن سراج في هذا المحل.

فأجاب : المذكور من أن للزوج رد الجميع إن تبرعت بزائد على الثلث صحيح، وهو المشهور ومذهب المدونة. ففي آخر الحمالة منها : وإن جاوز يعني ما صنعت من المعروف الثلثَ فللزوج رد الجميع أو إجازته. قال ابن ناجي عليها

وهذا هو المشهور. وقال في المجموعة: إنه رواية ابن القاسم عن مالك، وبه العمل، وهو الأصح إن شاء الله. (هـ) باختصار. وفي التوضيح وظاهر ابن الحاجب قلّت الزيادة أو كثرت، وهو قول ابن نافع، وقال ابن القاسم : إذا زادت بالدِّينار ونحوه مضى الجميع. (هـ). وفي نوازل المعاوضات من المعيار عن سيدي مصباح أنَّ له ردَّ الجميع إن كان أكثر من ثلث مالها بالشيء اليسير. وفي الحجر من الدُّر النثير : وإذا تصدقت والزوج كاتب الوثيقة وقال : لم أعلم أن لي في ذلك مقالا فإنه يُعذرُ، نقله في المجموعة. (هـ).

وسئل أيضا عمَّن وهب لولديه الصغيرين حظ من أرحى وفدّانا وجنانا وغرسة وقبِل ذلك لهما وحازه لهما، ومات قبل رشديهما.

فأجاب : إنها هبة صحيحة يجب اقتفاؤها تمامها بقبول وحوز على ما حصلّه ابن عبد السلام في مشهور المذهب. وقال ابن عرفة : حوز الأب لصغار ولده ما يعرف بعينه، صحيح ابن رشد اتفاقا. وقال اللخمي في حيازة الأب عن ولده : فإن كان أرضا أو جنانا غير مغتل فالقول (أي الإقرار) بحيازته كاف، ودار السكنى لا تحاز إلا بمعاينة البينة للحيازة وهي فارغة من شواغله الخ... ونحوه للمتيطي وغيره حتى المتن حيث مات الأب قبل رشدهما. كما في المعيار عن ابن عات. (هـ).

وسئل أيضا عن القبول والحوز في الهبة،

فأجاب : إن القبول فيها يجري مجرى الركن، والحوز يجري مجرى الشرط كما في المعيار عن ابن عبد السلام، لكن القبول لا يشترط فيه اللفظ. ففي الموَّاق عن ابن شاس ما نصه: الركن الأول، السبب الناقل للملك وهو صيغة الإيجاب والقبول الدالة على التَّمليك بغير عوض أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك من قول أو فعل. (هـ). والحوز لا يشترط فيه التحويز، ففي الموَّاق عن ابن عرفة أن المذهب لغو التحويز في الحوز الخ... وفي أعمال القبول المتراخي عن الإيجاب خلاف مذكور في المعيار وغيره. (هـ).

وسئلت عن رسم وفتويْن نص ذلك : أشهد فُلان أنه أبرأ ابنته فُلانة في حوائج شورتها التي جعلها لها بقصد المحاسبة بالإبراء التَّام عرف قدره. الخ...

الحمد لله كما ينبغي لكماله، والصلاة على سيدنا محمد وآله. هذا ومن اختلف في الإبراء فقيل:إنه نقل للملك، فيكون من قبيل الهبة وهو الراجح، وقيل إنه إسقاط للحق، فعلى الأول يحتاج لقبول وعلى الثاني لا يحتاج لقبول، كالطَّلاق والعتق فإنهما من قبيل الإسقاط لا تحتاج المرأة والعبد فيهما لقبول العصمة والحرية، ويجوز تأخير القبول عن الإيجاب كما هو صريح نقل ابن عرفة، كما في الفتح الرباني لدى قول المتن : وهو ابراء إن وهب من هو عليه. فإذا صرح المدين الموهوب له الدَّيْنُ بالقبول أو بالرد، فقال في المدونّة : من وهبك ديْنا له عليك، فقولك قبِلت : قبض ويسقط الديْن، وإن قلت لا أقبل بقي الديْن بحاله. (هـ). وإذا سكت ولم يصرح بقبول ولا رد، فقال ابن عرفة اللخمي والمتيطي : لو لم يقل الموهوب له في عقد الهبة قبِلت حتى مات الواهب، ففي بطلانها قولا ابن القاسم وأشهب. (هـ). وصدر في اختصار المتيطية بأنه إذا لم يقبل حتى مات الواهب بطلت الهبة، وصححه في الشامل ونصه : وإن وهب الديْن لمن هو عليه والوديعة لمن هي في يده فقبِل مضى، وإن لم يقل قبِلت حتى مات الواهب بطلت الهبة على الأصح كأن قال:لا أقبل. (هـ).

وسئل سيدي ابراهيم الجلالي عن رسم نصه : أشهدت فُلانة أنها سلمت لزوجها فلان في جميع صداقها بعد معرفتها به إشهاداً تامًّا عرفت قدره الخ... فهل يصح التَّسْليم ولا يعتبر عدم القبول ويُعَد امساكُه له واستظهاره به الآن قبولا أو لا بدَّ أن ينصَّ عليه وإلا فسد (أي التَّسْليم).

فأجاب : التبرُّع لا بدَّ فيه من الحوز بالمعاينة على ما هو معلوم، وحوز تبرع الديون بحوز رسومها إن كانت، وإلا فبالقبول ولم يقع شيء من ذلك في التسليم الموصوف، وكتَب إبراهيم. (هـ). وعليه فإن لم تكن هذه البنت محجورة لأبيها ولم تحز رسم الشورة ولم يثبت تصريحها بالقبول حتى مات أبوها، فالإبراء

بالمشار إليه ساقط، والله سبحانه وتعالى أعلم. وكتب خديم العلم وأهله عبد الله بن خضراء كان الله له بمنّه. (هـ).

الحمد لله وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم حيث كانت البنت صدره قد تزوجت زوجا آخر قبل هذا الزوج ومضى لها من دخوله بها أكثر من سبع سنين، ولم يجدد عليها أبوها حجراً قط، فقد خرجت من حكم الحجر وصارت رشيدة، حكمها حكم الأجنبي. وقد ذكر الرهوني في باب الصلح أنَّ المشهور وهو قول ابن القاسم في المدوَّنة هو احتياج الآباء إلى القبول، وأن القول بعدم احتياجه له لأشهب وهو شاذ. (هـ). ونقل الموَّاق في باب الهبة عن المدوَّنة أن من وهب له الدّيْن الذي عليه فقوله قبِلت قَبْض له. (هـ). وإن كان قبوله هو نفس القبض فيتفرع عليه أنه إذا تأخر عن الموت فإنه لا يكفي لقول خليل في الهبة : وبطلت إن تأخر لدَيْن محيط إلى قوله واتصلا لموته. الخ... وفي هذا مع ما ذكر المفتي أعلاه كفاية، والله تعالى أعلم. وقيَّده عمر عاشور غفر الله له. (هـ).

فأجبت : الحمد لله، إبراء الأب إبنته من حوائج شورتها صحيح لازم له، فلا كلام له في تلك الحوائج في حياته، ولا تحاسب البنت بها بعد وفاته، وقد صرح بهذا غير واحد من العلماء. قال في المختصر: «وإن أبرأ فُلانا مما له قبله أو من كل حق أو أبرأه برءاً مطبقا» أي من الحقوق المالية والبدنية كلها في الصيغ الثلاث وقدَّره الحطاب بما في النوادر عن ابن سحنون ونصه : ومن أقر أنه لا حق له قِبَل فُلان فهو حائز عليه، وفُلان برىء في إجماعنا من كل قليل أو كثير، ديْن أو وديعة أو عارية أو كفالة أو غصب أو قرض أو قراض أو إجارة أو غير ذلك الخ... ونحوه في الموّاق، وقال الزرقاني أيضا على كلام المختصر. ظاهره شموله للبراءة من المعينات كدار، وهو كذلك بمعنى سقوط طلبه بقيمتها أو برفع يده عنها. (هـ). ومعناه أن المعينات تدخل في البراءة العامَّة كما في هذه الصِّيَغ فيسقط الطلب بها على ظاهر المصنِّف. وأما لو وقع التصريح بها كما هنا فلا إشكال في سقوطها لأنها مدلول اللفظ. وقد سلم كلام المختصر هذا شراحه وحواشيه، ولم يذكر واحد منهم فيما رأينا أنه يشترط في صحة الإبراء قبول المبرأ بالفتح، وذلك

يدل على أنه أي القبول غير معتبر في الإبراء، وعليه فيجب تسليم العطية لصاحبتها، عملا بما دلت عليه هذه النصوص، ولكن المعتمد أنه لا بد من القبول في الإبراء. وأما ما سطر أعلاه في الفتوى الأولى والثانية.فكله بمعزل عن موضوع النازلة،لأنه في هبة الدّيْن والنازلة في الإبراء من المعيَّن كما في الرسم،لقوله: أبرأ ابنته عائشة في حوائج شورتها التي جعلها لها بقصد المحاسَبة الخ... والحوز في المعيَّن يغني عن القبول ويتضمَّنه كما في المعيار، فإنه سئل أي مؤلفه عمَّن سكن حانوتا الى موت ربها ثم استظهر برسم أن ربَّها أسكنه فيها مدَّة حياة الساكن، ولم ينصَّ في العقد على قبول الموهوب له السكنى ولا قبضه لها، فهل إسقاط هذا من العقد مُضر وتبقى الحانوت ومنافعها للورثة أو سكناه فيها كافٍ وان لم ينص الشهود على القبول ومعاينة الحوز. وأيضا إن أدى الشاهدان ثم زاد أحدهما أنه كان قبل، هل يقبل مطلقا، أو إلا من المبرز،ومن هو المبرز؟ فأجاب : إن شهود الوثيقة إن لم يضمنوها قبول المعمر ولا نصوا عليه حين الأداء ولا بعده إن كانوا مبرزين، ولا شهدوا بما يستلزم القبول من احتياز المعتمر الحانوت إلى موت ربها، فالإعمار باطل. ثم قال : وأما هبة الدّيْن كالكالىء فينبني على قاعدة النقل والإسقاط، فالمعتقي يراه نقلا،وأشهب يراه إسقاطا، وزيادة العدل الواحد بعد أن أدَّى أنه كان قبِل، فإن قالها فورا وجب الحكم بشهادته مع يمين المشهود له إن لم يضم اليه ثان، وإن تأخر ففي إعمال القبول وإهماله خلاف شهير، وهذا الخلاف إن شهد ثانيا بزيادة أو نقصان، وأما إن كان ذلك تخصيص عموم أو تفسير إجمال أو تقييد إطلاق فيقبل من كل أحد باتفاق، والمبرز هو البَيِّنُ الفضل الفائق في الخير كأبي محمد صالح. (هـ) باختصار. فانظر قوله ولا شهدوا بما يستلزم القبول الخ... تفهم ما قلناه. ولذا قال التسولي في شرح قول التحفة : وللكبار والصغار يعقد... البيت، ما نصه : يشترط قبول المحبَّس عليه حقيقة أو حكما، كما لو قبضه وصار يتصرف فيه، لأن ذلك أقوى في الدلالة على الرضى من التصريح به، فإذا سقط لفظ القبول من الوثيقة فإن ذلك لا يضر حيث وجد القبض المذكور. فالقبض يستلزم القبول، والقبول لا يستلزم القبض الخ... على أن ما نفاه المفتيان من القبول عن هذا الإبراء غير صواب لأنه لا يشترط التصريح به. كما قاله المفتي الأول، بل اللفظ به أو ما

يقوم مقامه من القبض والتصرف ونحو ذلك. ولذا قال ابن شاس في الجواهر : الركن الأول للهبة : السبب الناقل للملك وهو صيغة الإيجاب والقبول الدَّالة على التمليك بغير عوض أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك من قول أو فعل. (هـ). بل جعل بعض العلماء السكوتَ بمجرَّده قَبولا، وعليه يدل قول المختصر : يؤاخذ المكلف بلا حجر بإقراره لأهل لم يكذبه الخ... تأمله. وقال ابن عرفة عن المشاور : ومن سكت عن قبول صدقة زمانا فله قَبولها بعدُ.فإن طلب غلتها حلف ما سكت تاركاً لها وأخذ الغلة. (هـ). فانظر قوله : وأخذ الغلة.فإنما ينبني على أن السكوت قبول، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني الحسني العمراني لطف الله به.

وسئلت عمن أشهد في صحته أنه اقتسم جميع أصوله بين أولاده فُلان وفُلان وفُلان، وذلك بعد ما أحضر أولاده كلهم وأعلمهم بذلك، ومَيَّزَ للإناث حقهنَّ وللذكور حقهم لئلا يقع بينهم خصام بعد موته، فمن حضر لذلك وسمعه منه بحضور أولاده كلهم قيَّده شاهداً به؛ ثم مات الأب وتنازع الورثة في القسمة.

فأجبت : الحمد لله، لا عبرة بالقسمة المشار إليها،لأنها في الحقيقة عطية منه لأولاده فتفتقر إلى القبول والحوز منهم في صحته بالمعاينة، والرسم خال من ذلك فلا عبرة به. قال العلمي في نوازله : قسمة الأب لأولاده إن كانت على سبيل التَّمليك للأولاد وحازوه في حياة والدهم وقبل مرض موته نفذ لهم ذلك وإلا فلا. وكتب محمد بن الحسن بن عرضون. (هـ). وفي نوازل الإقرار من المعيار : لو ثبت أن المال للوالد وأقرَّ أنه لأولاده، فقد تكلم على ذلك أئمة مذهب مالك رحمه الله: سحنون وابن أبي زيد ومحمد بن عمر بن لبابة والقاضي ابن زرب والقاضي أبُو الوليد بن رُشد، وحملوه محمل الهبة والصدقة،وتظافرت أقوالهم بذلك. (هـ). وعليه فيفتقر للحوز كما قلنا. وإذا تقرر أن القسمة باطلة لفقد الحوز والقبول وجب أن يقسموا الآن جميع التركة على فرائض الله تعالى وهو الصواب الذي لاشك فيه ولا ارتياب، والله أعلم. وقيَّده المهدي لطف الله به. (هـ).

مسألة : قال المَوَّاق نقلا عن ابن مزين : من قال لابنه: إعمل في هذا

المكان كرماً أو جناناً أو ابنِ فيه داراً ففعل الولد في حياة أبيه، والأب يقول كرم إبني وجنان إبني، أن القاعة لا تستحق بذلك وهو موروث، وليس للإبن إلا قيمة عمله منقوضا. وأما قول الرجل في شيء يعرف له: هذا كَرْمُ ولدي أو دابَّةُ ولدي فليس بسيء ولا يستحق منه شيء للإبن صغيرا كان أو كبيرا إلا بإشهاد بصدقة أو عطية أو بيع، وكذلك المرأة، وقد يكون مثل هذا في الناس فليس بشيء في الولد ولا الزوج. (هـ).

وسئلت عن هدية تأتي لبعض شرفاء وزّان مخصوصين من بعض القبائل كل سنة، فتنازعوا فيها، فأراد بعضهم أن يقسمها على عدد الرؤوس والذكر والأنثى سواء، وأراد بعضهم أن يقسمها على حسب قسمة آبائهم، أي فمن كان حيا من الطبقة العليا وله أولاد فله قسمته فقط ولا شيء لأولاده، ومن مات منها (أي الطبقة العليا) عن أولاد فقسمته لأولاده، ومن مات منها عن ولَدٍ واحد فقط فله قسمة أبيه، فهل القول لمن طلب القسمة على الرؤوس أو لمن طلبها على الوجه الثاني ؟

فأجبت : الحمد لله، القول لمن طلب القسمة على الرؤوس لأنها الأصل في العطايا ياكلِها، فكل من أعطى شيئا لمُتعدد من الناس ولم يُبيِّن فالقسمة فيه بالسوية بينهم لا فرق بين ذكر وأنثى ولا بين صغير وكبير. قال القاضي المكناسي في مجالسه نقلا عن ابن عبد الرفيع : سنَّة الحبُس والصدقة والهبة والوصايا والنحل والعمرى الاعتدال حتى ينص المعطي على المفاضلة. (هـ). وقال الزرقاني على قول المختصر، «ووزع لعدده» ما نصه : والذكر والأنثى في ذلك سواء، لأن ذلك شأن العطايا. وهذا عند الاطلاق (هـ). هذا إن كان المقصود بهذه الهدية الشرفاء الموجودين، فإن كان المقصود بها أسلافهم، فكذلك تقسم بينهم بالسوية أيضا على ما به العمل في الحضرتين الإدريسيتين : فاس وزرهون، ونظمه صاحب العمل بقوله : ولبنيهم صدقات الصالحين (أي الصدقات التي يؤتى بها للصالحين الأموات) تكون لأولادهم بالسوية بينهم، لأن الشركة إذا أطلقت تحمل على التساوي، والله أعلم. وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئل العلامة النوازلي أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عن أم وهبت

على ابنتها ما حازه الأب لها، وبعد موته وتزويجها أرادت الاعتصار وأفتى غيره : الاعتصار صحيح على الراجح إن لم يكن وقع من الموهوب لها ما يمنعه من موانع الاعتصار المعلومة.

فأجاب : إنه اعتصار صحيح على ما للخمي وغيره، لا يمنعه تزوج الموهوب لها حيث لم يعلم الزوج بالهبة، لأن الراجح اعتبار التقييد بكَوْن النكاح لها كما في المتن، وهو الذي في الموطأ والرسالة وسماع عيسى، لكن قال ابن عرفة: ظاهر المدوَّنة والجلَّاب خلاف السماع المذكور. وقال شيخنا بناني : ظاهر كلام أبي الحسن أنه حمل المدوَّنة على التقييد، ولذلك والله أعلم اعتمده المؤلف. (هـ). وقال أبو علي في شرحه : ومن وقف على الكلام الذي رأيناه ورأى تعليله علم أن مقصود من أطلق هو مقصود من قيَّد، فينتفي الخلاف، ثم قال : وقد تحصل من هذا كله أن قول المصنِّف لها راجع إلى النكاح والتدايُن، ومن حاد عن هذا غره كلام ابن الحاجب والتوضيح. فالمدار على كون العلة في النكاح والتَّدايُن هو الهبة. (هـ).

وسئل أيضا عن اعتصار صدقة،

فأجاب : إنه لا سبيل اليه إلا بشرطه كما في المتن وغيره ؟ وقال ابن رشد : الاعتصار لا يكون في الصدقات إلا بشرط (هـ) وقال ابن الماجشون : إن ما خرج على وجه القربة لا يجوز الرجوع فيه كالصدقة ؟ نقله أبو علي (هـ).

وسئل أيضا عن قول غيره : الهبة صحيحة حيث كانت على بنته محجورته، والأب يجوز لصغار بنيه. قال في المدوَّنة : الأب يحوز لصغار ولده ولمن بلغ من أبكار بناته ما وهبه وأشهد عليه، ولا يزول حتَّى يأنس رشدهم. (هـ). نقله المَوَّاق. وعليه درج في المتن : وحوزه لها كاف، وإن لم يكن فيه صراحة حسبما أفتى به أبو الحسن، ونقله ابن هلال وغيره. ونصه : أما صدَقتُه على الصغار فنافذة، ولا يضرهم عدم الشهادة على الحوز، وهو محمول على أنه حاز وتصرف في الغلة للصغار في منافعهم وكسوتهم وعولتهم حتى يعمل بإقراره أو ما يقوم مقامه أنه يتصرف لنفسه، فحينئذ تبطل. (هـ).

فأجاب :المذكور أعلاه صحيح لا يوهِّنه تزوجها حيث لم يمض لها من بناء زوجها ست سنين أو سبع على ما به العمل كما في المعيار عن العبدوسي ونحوه لغيره وهو واضح. (هـ).

وسئل أيضا عما أفتى به غيره فيمن وهب دار سكناه على ولديه الصغيرين وحازها لهما إلى رشدهما فحازا بعده جميعها إلا غرفة صغيرة كان سكنها الواهب إلى أن مات، أنها تلحق بما عداها في إمضاء الهبة للولدين مستدلا عليه بقول ابن عرفة ما نصه : بعض شيوخ عبد الحق : إن سكن الأقل صح جميعها ولو كان الولد كبارا ولو سكن الأكثر بطل الجميع إن كان الولد صغارا، وما سكنه فقط إن كانوا كبارا، وقد أطال ابن عرفة هنا.

فأجاب : إنه صحيح، وما لابن عرفة من التفصيل عن بعض شيوخ عبد الحق كاف اليه يرجع غيره، ولذا اقتصر عليه شيخنا بناني بعد أن ذكر ما في المتن وما ضارعه، قال هذا فيما وهبه لمحجوره، وفي الرشيد تفصيل آخر، ثم أتى بما له أشير فانظره. وأيضا فإن دار السكنى لا تحاز إلا بمعاينة البيِّنة للحيازة وهي فارغة من شواغله كما في المعيار وغيره. (هـ).

وسئل أيضا عن رجل وهب لولده طرفا من الأرض غرسه الولد ثم اختلفا في حدِّه، لأن هذا الطرف مجاور لملك أبيه وجهل الحد بينهما.

فأجاب : إن القول قول الأب، لأن كل متطوع مصدَّق بلا يمين كما في التزام الحطاب. وأيضا الولد لا يحلف أباه إلا المنقلبة والمتعلق بها حق للغير كما في المتن وهو مذهب المدوَّنة. وقال ابن رشد : إنه أظهر الأقوال وأولاها بالصواب لما أوجب الله تعالى من بر الوالدين بنص القرآن. (هـ).

وسئل أيضا عمَّا يظهر من جوابه ونصه : إن الحيازة بشاهد واحد والهبة بشاهدين من وادي قول المتن : «وإن تعذر يمين بعض الخ»، والمسألة فيها اضطراب كما قال الفاسي في أجوبته وغيره، والهبة بشاهد واحد تجري على هذا النمط فيمن سيولد وعقبه نعم إن كان على الفقراء ونحوهم فلا حلف من جهة المشهود لهم، وإنما

يحلف المدَّعى عليهم التحبيس على كلام في ذلك، قاله أبو علي ونحوه لغيره. وفي المعيار عن اليزناسني ما نصه : ولا خلاف انه لا يستحق بشهادة الواحد مع اليمين شيء من الأحباس على موصوفين غير معينين ولا محصورين . (هـ). وأما رجوع الوالد لسكناه حتى مات بها بعد عام على ما شهد به من استدركت شهادته ورمَّم به شهادة الأصل فالذي عوَّل عليه المتيطي، وقال : إنه المشهور وبه العمل، وقال بالعمل به ابن الحاج، وابن سهل، وغيرهما من المشايخ الأعلام، وبه أفتى ابن لب وغيره أنه لا يضر رجوعه، ومقابله طريقة لابن رشد القائل بالبطلان إن عاد لما حبس على محجوره ولو بعد أعوام، وليس العمل عليها، ونظم ذلك سيدي أحمد المزوار فقال :

رُجوع واقف لما قد وقَّفا بعد مُضي سنة قد خُفِّفَا
على صبي كان أو ذي رُشدِ واعتُرضت طريقةُ ابن رُشدِ

قاله شيخنا بناني ونحوه لشيخنا الإمام على التحفة، وأبي علي في شرحه وحاشيته قائلا فيها وكلام ابن غازي ومن وافقه يوهم أن الراجح كلام ابن رشد وليس كذلك، وفي شرحه بعد كلام في المسألة، وبه تعلم ما في اقتصار ابن غازي والحطّاب على ما قاله ابن رشد تبعا لابن المواز مع كونهما لم ينقلا كلام الباجي الموافق لابن رشد والمشهور ما في المتن، لا سيما وهو قول ابن القاسم وأصبغ وغيرهم. ومن تتبع كتب الوثائق ككتاب ابن فتوح وغيره وكتاب المعيار علم ما ذكرناه. (هـ). فما في الحطاب لا يتَّبع، لأنه على ما لابن رشد، وعليه مشى في التحفة، والراجح وبه العمل، خلافه وهو المشهور على ما لابن عبد الغفور كما في حاشية أبي علي. وأما بيان مستند علم الشهود وكأنه بيت القصيد من السؤال على ما دل عليه فحواه، فالذي لابن هلال في درِّه عن نص علمائنا أنه لا تقبل الشهادة من غير العالم حتى يذكر مستند علمه، ولا تقبل مجملة ولا ملفقة، تأييدا لقوله : الصواب سُؤالهم عن مستند علمهم، فإن ذكروا وجها تصح به شهادتهم وإلَّا ألغيت رأسا. (هـ). ونقله عنه الشيخ ميارة قائلا : وكذا قال ابن رشد والمتيطي وغيرهما أن الشاهد العدل المبرز إذا كان غير عالم بما تصح به الشهادة

فإنه يسأل عن كيفية علمه بما شهد به إذا أبْهم. (هـ). ونحوه لابن الناظم وغيره. وفي المعيار عن اليزناسني قاضي فاس ما نصه : المذهب رد الشهادة بالارسال، سواء كان في لفظ الشاهد أو في مستند علمه، نقله أبو علي في ارتفاقه. وفي أجوبة سيدي عبد القادر الفاسي عن مقدمات ابن رشد : إن الشاهد المبرز في العدالة، العالم بما تصح به الشهادة تجوز شهادته في كل شيء، ولا يُسأل عن كيفية علمه بما شهد به إذا ابْهمه، والشاهد المبرز في العدالة الغير العالم بما تصح به الشهادة يسأل عن كيفية علمه. (هـ). ونقله غيرهما حتى شيخنا المحقق فيما له على اللّامية، فهذه أجوبة عما تضمنه السؤال، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عن اقطاع دار فقير نسيب بين شطري افتتاحه طابع أمير المؤمنين مرفوع عليه.

فأجاب : إنه اقطاع تمليكي، فلمن ملك الدار الممنون بها عليه أن يهب ويبيع، وتورّثُ عنه، كما لابن سلمون وأجوبة الفاسي وغيرهما، لا انتفاعي يحتاج لتجديد، ولا يدخله غيره إلا به، ولا يورث كما لمن ذكر وسطا (أي الفاسي وغيره)، ولا يحتاج الاقطاع لحيازة، بخلاف الهبة. وقيل لا بدَّ فيه منها، وبالأول العمل. قاله المتيطي وقبله نقله عنه أبو علي وغيره. وقال الجزيري في مقصده : وإن اسقطت القبول من المقطع لم يضر ولا يفتقر لحوز لأنه ليس بهبة، ونحوه في وثائقه من أنه ليس كالهبة، وأن مقابله ضعيف، زاد: وأن أمير المؤمنين إن لم يشهد اجزأت علامة يده في عقد الإقطاع. (هـ).

وقع السؤال عن رجل اشترى جنانا لزوجته فوهبته له في حال صحتها، وحازَهُ بالمعاينة بعد القَبول، ثم بعد أن توفيت قام ورثتها مطالِبين الزوج بقسم الجنان على الفرائض.

والجواب : الهبة أعلاه صحيحة معمول بها لاستيفائها الأركانَ من ذلك والشروط، ومن ذلك الحوز قبل حصول المانع، وهذا بيِّن، وعليه فلا مطمعَ لوارث الواهبة في الجنان المذكور. وكتب عبد ربه-عبد الجليل البقال. وبعده، ما سطر أعلاه من صحة الهبة ونفوذها للموهوب له لتوفر شرطها الذي هو الحوز بالمعاينة

قبل حصول المانع لا يمترىَ في صحته،ولا كلام فيها لوارثها ما دام الأمر بحاله، وهذا واضح لا خفاء فيه،والله تعالى أعلم. وكتب عبد ربه سبحانه محمد زيان كان الله له. وبعده، المذكور أعلاه من صحة الهبة المشار إليها أعلاه لاستيفاء ركنها الذي هو القَبول وشرطِها الذي هو الحوز معاينةً قبل حصول المانع لا- يحتاج الى تصحيح، فلا مطمع لورثة الواهبة في حَلّها والعلم عند الله. وكتب عبد ربه محمد ابن محمد الجنوي الحسني لطف الله به. (هـ).

وسئلت عمَّن أشهدت أنها سامحت أخويها وأمها في جميع واجبها في متخلّف أبيها على اختلافه أصلا وغيره مسامحة تامَّة وقبلوا منها ذلك، وهي فقيرة ولها زوج فقير وأولاد، فهل تصح مسامحتها لهم والحالة ما ذكر أو لا ؟

فأجبت : الحمد لله، المسامحة المشار اليها متوقفة على رضى زوجها، فإن رضي بما فعلت صحَّت وإلا ردَّت. ففي أوائل البيوع من طرر ابن عات ما نصه : رأيت في بعض الكتب عن ابن جماهير الطليطلي رحمه الله أن المرأة ذات الزوج إذا صالحت أخاها في تركة أبيها بشيء أخذته فاعترض الزوج في ذلك أن الصلح ماض إلا أن يثبت الزوج أن ما اسقطت،زائد على ثلثها فيفسخ ما فعلت، فتأمَّل ذلك واعلمه. (هـ). ونحوه قول ابن رشد : لا يجوز للمرأة ذات الزوج قضاء في أكثر من ثلثها بهبة ولا صدقة ولا بما أشبه ذلك من التفويت بغير عوض دون إذن زوجها في قول مالك رحمه الله وجميع أصحابه،لقول النبي ﷺ : لا يجوز لامرأة قضاء في ذي بال من مالها بغير إذن زوجها. (هـ). وأشار له في المختصر فقال : وله رد الجميع إن تبرَّعت بزائد (أي على ثلثها)، فإن قلت:سلمنا أن المرأة إذا تبرعت بزائد على ثلث مالها أنه غير نافذ حتى يجيزه الزوج، لكن هذه المرأة هنا قد مرَّ عليها نحو التسع سنين والزوج عالم بذلك،ساكت من غير مانع وذلك يضعف حجَّته. قلت : لا يضره ذلك لما في نوازل البيوع من المعيار، أن أبا الحسن سئل عمَّن تصدَّقت زوجته وهو حاضر فلم ينكر ولم يجز وَوَعدَ بالتسليم بعد ذلك، هل سكوته تجويز لفعلها أم لا ؟ فأجاب : إذا سكت عن الإنكار فيما تصدقت به زوجه وأربت على الثلث ولم يجز فله الردُّ ما دامت العصمة باقية، ردُّ

الجميع على مذهب ابن القاسم في المدوَّنة أو ما زاد على الثلث على مذهب المغيرة فيها. (هـ). ولا يعارض هذا ما في نوازل البيوع من المعيار، أيضا أن ابن عرفة سئل عن امرأة سامحت إخوتها في نصيبها وأبرأتهم إبراء تامًّا لمكان ما عندها من الجهاز، بقيتْ مدَّة تزيد على أربعة أعوام من تاريخ إبرائها إخوتها المذكورين في جميع تركة أبيها براءة عامَّة، وشكرتها أمها على فعلها، وكفتها بدراهم أعطتها وهي في هذا الإشهاد كلّه في عصمة الزوج وهو حاضر البلد لم يظهر منه تغيير ولا إنكار ولا منعه من القيام مانع ولا بينه وبين زوج أمها مودَّة ولا صلة، فلمَّا كان بعد ثلاثة عشر عاما من تاريخ الإبراء قام ليردَّ إبراء الزوجة، فهل له ذلك أم لا، لكونه كان حاضر البلد في المدَّة المذكورة ولا مانع يمنعه من القيام ولا معارض، وإذا مكّن من ردِّ الإبراء المذكور فهل عليه يمين أم لا ؟ فأجاب فإنه إن كان عالما بالإبراء المذكور أولا وثانيا فلا قيامَ له وإلا حلف حيث يجب الحلف أنه لم يعلم ذلك إلا حين قام منكرا إبراءها، فحينئذ إن زاد نصيبها على ما أبرأته على ثلث كل ما لها يومَ الإبراء لم يصح إبراؤها وإلا صح إبراؤها، وكذلك إذا علم به فسكت لم يكن له ردُّه. (هـ)، خلافا لما في حاشية الشيخ الرهوني حيث قال بعد نقل ذلك ما نصه : قلت: ما لأبي الحسن هو الجاري على أن السكوت ليس كالإذن، وما لابن عرفة يجري على مقابله، والخلاف في ذلك شهير في المذهب، انبنت عليه فروع كثيرة ذات خلاف أيضا اختلف فيه التشهير ولم يجر على سَنن واحد، والله أعلم بالصواب. (هـ)، لأن أبا الحسن سئل عمَّن تصدقت زوجته وهو حاضر فلم ينكر، وهذه نازلتنا، وابن عرفة سئل عن امرأة سامحت إخوتها في نصيبها لمكان ما عندها من الجهاز وشكرتها أمها على فعلها وكافتها بإعطاء دراهم، وهذه ليست نازلتنا لأن هذه أخذت البعض وسامحت في البعض فتكون من باب الصلح وهو بيع، والأولى من باب العطية، تأمَّله. ثم ظهر أن الصواب ما قاله الرهوني، والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي العمراني غفر الله له وتاب عليه بمنّه وكرمه آمين.

وسئلت عن امرأة مالكة أمر نفسها لا حجر عليها تصدقت على ابني أخيها بمال كثير وهما الوارثان لها تعصيبا، ولها أخت شقيقة أو لأب أرادت أن تبحث

في هذه الصدقة مع توفر شروطها من حوز ومُضي سنة بل ثلاث سنين، فادَّعت هذه الأخت أن أختها إنما تصدَّقت عليهما حياء.

فأجبت : الحمد لله، أما ما دامت المتصدِّقة بالحياة فلا كلام لأختها في هذه الصدقة، وأما إذا ماتت فلَها مقال على خلاف فيه. قال العلاّمة المحقق السجلماسي ما نصه : مَن وهب هبة ثم رجع واعتذر بأنه إنما فعل حياءً فظاهر نوازل المازوني أن ذلك عذر ينفعه في الرجوع، وكذا ظاهر ما أجاب به ابن لب في مسألة أبوين نحلا ابنتهما كذا وكذا، فلما مات الأب وطولبت الأم بنصفها ادَّعت أن الإشهاد عليها إنما كان حياء وخجلا من الناس، ونصه الحكم في ذلك أن يؤدي الشهود شهادتهم على ما فهموا من حال الأم في خجلها وعدم طيب نفسها، وتحلف على أنها لم تقصد عمارة ذمَّتِها ولا يتعلق شيء من النِّحل بما لها. (هـ) الغرض، نقله ابن هلال وصاحب المعيار في النكاح، والذي في نوازل الوصايا وأحكام المحاجير عن القاضي أبي سالم اليزناسني أنه ليس بعذر، وذلك أنه قال في مسألة محجور وقع منه إبراء بعد موت وصيِّه ثم ادَّعى الإكراه ما نصه : فإن أراد السائل بلفظ الإكراه ما كان بمعنى الحياء فلا عذر له بذلك. (هـ). وكذا في الدُّر عن سيدي سعيد العقباني : من سلمت لأخيها في ميراثها فأنكرت وادَّعت أن سكوتها عليه مدَّة طويلة وهو يتصرف كان حياء وثبت التسليم منها بالسماع الفاشي. قال سيدي سعيد المذكور : وقولها إنما سكتت حياء من أخيها لا ينفعها. (هـ). اللهمَّ إلا أن يقال: إن هاتين النازلتين إنما فيهما دعوى الحياء بلا دليل، فلذلك ألغيت، بخلاف ما قبلهما، ففيه ما يصدق دعوى الإكراه بسيف الحياء فلا خلاف إذاً، نعم وجدت الخلاف مصرَّحا به في تقييد كنت قيَّدته ولا أستحضر الآن أصله الذي قيدته منه، ونصه في ثمانية أبي زيد : إذا أدخل الزوج على زوجه جماعة من الناس لتضع عنه صداقها فأدركها الحياء والحشمة فوهبت له صداقها فلها الرجوع. وفي أسئلة القابسي : لا ترجع، ولا عذر لها في الحياء والحشمة. (هـ) منه. ومن المعلوم المقرر أن من مات عن حق فلوارثه، فإذا كان لها الرجوع في حياتها فللأخت الرجوع في النصف بعد موتها إن ثبت الحياء والحشمة، والله أعلم. وقيَّده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئل العلامة أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عن هبة العجائز،

فأجاب : إنه حيث كان العرف ثابتا بما ذكر من أن التسليم وغيره لا يكون منهنَّ إلا لقصد الخدمة عليهنَّ من المسلم له عموما وفي هذه خصوصا كان ذلك فاسدا، كما أفتى به سيدي علي بن هارون، وتبعوه بعد أن كلفهم إقامة البيِّنة بأن هذا هو العرف عندهم، زاد غيره : وتحلف الواهبة على ذلك، ونحوه لابن خجو وهو واضح. (هـ).

وسئل أيضا عن رجل صنع خبزا ولحما وذهب بزوجته الى دار أبيها بقصد الزيارة فردَّها بنصف بقرة، وبقيت تحت يده الى أن قضى الله تعالى بطلاق ابنته، فطلب الزوج المذكور نصيبه من الزيارة وهو شطر ما ذكر، فأنكر الأب أن يكون أعطى للبنت المذكورة ما ذكر، فهل عليه يمين أم لا ؟

فأجاب : إن مسألة الزيارة سئل عنها أبو الحسن الصغير، وفي السؤال أنهما أتياه بهدية وهو فحل من البقر كان مِلكا للزوج أعطاهما بقرة عِوَضا عن الفحل، ثم إنها تناسلت فاختلف فيها الزوجان، فأجاب : هي للزوجة، لأن المعنى أنه مَلكها الفحل حين سافرت به ومَلكها العوض حين قبضته، وهذا بحكم العادة، لأنهم يقولون سافرت زوجة فُلان بكذا وأثابها أبوها بكذا، ولا يقولون : سافر فلان بكذا فأثيب، فهي ونسلها للزوجة. (هـ). وسلمه ابن هلال وربَّما أيَّده، ونحوه في المعيار إفادته عن التازغدري، ونحوه في نوازل الشريف عن سيدي أحمد بن عبد الوهاب عن فتوى الفقيه سيدي أحمد ابن محمد البعل. وفي النوازل المذكورة عن سيدي بلقاسم بن خجُّو أنه بينهما إن جرى بذلك عُرف وإلا فذلك لها خاصَّة، ونحوه لسيدي محمد بن عرضون، بشرط أن يكون الطعام الذي ذهبت به من مال الزوج، قائلا : وبه أفتى سيدي أحمد بن عرضون، فانظر النوازل المذكورة فيه وفي غيره، والزوج إن قلنا : لا شيء له فلا يمين له، وإن قلنا : له وكان أعطى شيئا كانت له، لأنها آلت الى هبة الثواب وهي كالبيع إلا في العقد على العوض المجهول كما في شرح أبي علي وغيره، والله الموفق. (هـ).

وسئل قاضي الجماعة بفاس سيدي العربي بردلة عن فتوى ابن هارون في تبرع المسن من الشيوخ والعجائز من كون ذلك منهم على معاشريهم محمولا على شرط الصّون والقيام بالمتبرع مع يمينه أي المتبرع إذا قام أو وارثه أنه ما تبرّع إلّا عوضا عما رَجَا من قيام الموهوب عليه به، لأن العرف شاهد وهو كالعدل الواحد، وأجرى ذلك بعض القضاة مطلقا، ووقع السؤال ممّن استشكل ذلك إذا كان بين الواهب والموهوب له من ابن وأخ ونحوهما مُكارَمة ومحبّة، وصدر ذلك من الشيخ أو العجوز على ما في قلبهما من الحنان والشفقة والمودّة للموهوب عليه لكونه من أحب الناس اليه وهو في إنفاقه، ويتبرّع عليه مجازاةً له على فعله، وجلبا لمسرته ورجاءً، ورغبة لبقائه في عياله على وجه المكارمة والثواب عليه ؟ ولا مكايَسَة بينهما، كيف يحكم بأنها معاوضة فاسدة.

فاجاب هذه الصورة من النّادر بالنسبة لغيرها؟ إذ الغالِبُ خلاف ذلك؟ فاذا كانت هذه الصورة التي استشكل إجْراءَ ذلك الحكم فيها بحيث يقطع من يعرف المتبرع أنه لا يقوم في حياته أصلا وإن عرض عارض يوجب ذلك فلا يكون لوارثه قيام وتكون خارجة عن حكم تلك الفتوى، وأيضا اشترطنا عدم قيامه، لأن مسألة السؤال أشد من هدية الثواب، لأن هدية الثواب،العوض فيها لازم، ومسألة السؤال يريد السائل فيها عدم المطالبة بالعِوَض أصلا،والله سبحانه أعلم بالصواب. (هـ) من نوازله.

ورد سؤال عمَّن تصدَّق بصدقة على غيره في مقابلة ختم القرآن ولم يجز المتصدق عليه الصدقة الى أن توفي المتصدق.

الجواب أن الصدقة على الوجه المذكور صحيحة،ولا يوهنها خلوُّها من الحوز،لأن وقوعها في مقابلة ختم القرآن مخرج لها من باب التبرعات الى حيز المعاوضات. ففي نوازل السكتاني ما نصه : وسئل عمَّن تصدَّق على ولده على ختم القرآن ولم يقبضها، فنازعه أخوه قائلا : لم تحزها في حياة أبينا، هل تفتقر هذه الصدقة للحيازة مع أن أساسها ختم القرآن ؟ فأجاب : إن الصدقة المذكورة لمَّا كانت في مقابلة ختم القرآن خرجت عن محض التبرع، فلا تفتقر للحيازة

كسائر المعاوضات. (هـ). وتلقاه غير واحد ممَّن بعده بالقَبول بعد نقله كأبي العبّاس الرسموكي والعباسي وغيرهما. (هـ).

وسئل العلامة أبو العباس بن محمد الأبار عن عجوز وهبت على حفيدتها من بنتها حوائج سمَّاها في الرسم وأنها أبانت ذلك عن ملكها، ثم إن العجوز الواهبة لما وهبت على حفيدتها المذكورة قدمت لحوز الهبة المذكورة عمَّة الحفيدة لكونها في كفالتها وتربيتها، وأبو الحفيدة حي الى الآن. وإنما اعرضت عنه ولم تقدمه لحوز الهبة لابنته، خوفا من تحامله عليها فيصرفها في مصالحه، فهل يبطل ذلك الهبة المذكورة أم لا ؟ فربما زعم بعض بطلانها لذلك، وأنه لا يصح حوز العمَّة مع وجود الأب.

فأجاب : لم يحضرني الآن نص في عين النازلة، بيْد أني رأيت في طرر ابن عات عن ابن رشد أن من تصدَّق بصدقة على ولد صغير وأسلمها اليه وحازها الصغير في صحَّة المتصدق بها فإنها حيازة تامَّة وإن كان الحائز لها صغيرا، وتنفذ الصدقة إلا أنه يكره ذلك ابتداء أن يحوز الصغير لنفسه، فإن وقع نفذ. (هـ). فإن صحت الهبة مع حوز الصغير لنفسه فأحَرى صحتها مع حوز من يصح الحوز منه، على أنهم يتساهَلُون في حوز الهبة، لخروجها عن ملك الواهب أكثر من حوز الرهن، لبقائه على ملك الراهن، فالمعوَّل عليه في الهبة الصحة، والله أعلم. (هـ).

قلت : قال في المدوَّنة : ومن وهب لصغير هبة وقدم من يحوز له الى أن يبلغ، فذلك حوز، كان له أب أو وصي أو لم يكن، لأنْ هذا إنما قدَّم من يحوزها خوف أن يأكلها له الولي. (هـ) من الموَّاق وهو صريح فيما توقف فيه المجيب رحمه الله، والمسألة عند المتيطي، فراجعها فيه.

ومن نوازل الزياتِي وجدت بخط بعض الفقهاء ما نصه : الذي استمرَّتْ به الفتوى أن الهبات وسائر التبرعات من الرعية على من هو وال عليهم من القضاة ومن عداهم مردودة غير نافذة، لأنها ثمن جاههم، وذلك من باب الرشوة، فلترد الوصية الى ورثة الموصي، والله سبحانه أعلم. (هـ).

ووقع الجواب عن هبة امرأة بدوية على أخيها بما نصه : الحمد لله، هبة الأخت أعلاه وهي بدوية على أخيها حيث أشير مردودة، فلها الرجوع فيها كما هو منصوص عليه. قال الونشريسي في جواب له : إن هبات البنات والأخوات والعمَّات من أهل البوادي باطلة مردودة، لهن الرجوع في حياتهن ولوارثهن بعد موتهن، لما علم وفشا من أنهن مقهورات ومغلوبات، ولو امتنعن لأوجب ذلك الغضب عليهن وعدم نصرتهن، الخ.. كلامه رحمه الله، ونظمه في متن العمل بقوله :

وفي هبات الأخت للأخ ومَا فيه تسلُّم الرجوع علمَا

ونقله الفاسي في أجوبته وسلمه، والمسألة شهيرة أجلى من شمس الظهيرة،والله أعلم. وكتب عبد الله تعالى عبد القادر بن عمير. (هـ). وبعده،الحمد لله، العلة في ردِّ هبات نساء البادية على قرابتهن هي جريان العرف والعادة بعد توريثهن مع أخواتهن أو قرابتهن غيرهم، هكذا قال الإمام النظار سيدي محمد العربي بن أحمد بردلة، قال : والحكم يدور مع العلة وجوداً وعدماً. (هـ). من جواب نقله جدّنا من خطه رحمه الله، قال : وليست العلة الحياء الخ... جوابه : فقوله يدور مع العلة، لا بد من وجود هذه العلة والإعذار فيها للموهوب عليه بإعطاء النسخة. وأيضا العادة في مداشر أو قبيلة أو دوَّار،لا يحكم بها على كافة المداشر والقبائل والدواوير، وإلا كان خروجا عن المذهب، كما قرره ابن منظور وملَأ بِهِ ذلك الفصل عن ابن بشير والقرافي وابن عبد السلام وغيرهم. وبالجملة فلا بد من اثبات ما ذكره المفتي أعلاه، ولا يكفي مجرد ذكره بلسانه. وجواب الشيخ بردلة كفيل بالمسألة وهو أحفظ لكلام من تكلم في المسألة وأعرف بموضوعاته وأدرى بخفيات مكنوناته،والله أعلم. وكتب عبد ربه تعالى محمد بن محمد مزيان الحسني لطف الله به. (هـ).

قلت : ظاهر كلام هذا المجيب أن العلة لو كانت هي الحياء والحشمة ما كان ذلك موجبا لردِّ هباتهن وإبطالها، وهو كلام غير صحيح يدل له ما في جواب لسيدي بلقاسم بن خجو قال فيه : إذا أثبت المدَّعي الحشمة كما ادَّعاه فسيف الحشمة كسيف الغصب،فصنيعه بسببها مردود. وأما الجهل في الهبة فلا يبطلها ولا

يوهنها، إنما يتقى الجهل في المعاوضات لا في التبرعات. (هـ) المراد منه. وأجاب عنها سيدي عبد الرحمن التجاني بما نصه : قرينة الحال تدل على ثبوت الحشمة، وسيف الحشمة كسيف الغصب، والبيِّنة على مدَّعي النَّقد، وتقع المحاسبة،ومن له شيء أخذه. (هـ). من نوازل الزياتي.

قلت : ومن نوازل ابن هلال ما نصه : وقد قال الفقهاء في الصدقة : إذا طُلب من المتصدق وفهم من حاله أنه أعطاها حياء وخجلا من غير طيب نفس انها لا تحل للمتصدق عليه. (هـ). ومن نوازل الزياتي أيضا ما نصه :

وسئل خالنا العلامة أبو عبد الله محمد العربي الفاسي عن حكم بعض المسددين في نازلة وهي : أن رجلا قام على آخر في متروك جدَّته فعارضه المقُومُ عليه بأن جدَّته المذكورة سلمت لاخيها لله وفي الله، وبعد التسليم المذكور باع أخوها المذكور واجبه وواجبها لوالد المقوم عليه على عين أخته الجدَّة المذكورة، وبعد البيع المذكور وقع بينهما وبين والده المشتري المذكور صلح في المشترى المذكور، بأن زادها على الثمن الذي اشترى به، ولم يتصرف في مشتراه الى أن توفيت الجدَّة المذكورة، ثم بقي يتصرف على عين ورثتها الى الآن،ولذلك مدَّة تنيف على الأربعين سنة ولم يقم عليه أحد الى الآن، واستظهر برسم التسليم المذكور ورسم شراء والده المذكور ورسم الصلح المذكور، فأعذر المسدد المذكور للقائم المذكور في الرسوم الثلاثة فلم يجد مدفعا في شهودها، فادَّعى لما عجز عن الدفع أن جدَّته ما سلمت إلا حياء وحشمة، فعارضه المقوم عليه بأن الحياء الذي ذكر عنها انتفى بسبب بيع أخيها ملكها على عينها وهي حاضرة، فتأمَّل المسدد دعواهما فحكم بقطع نزاع القائم المذكور، معتمدا على ما قاله الأئمة فيمن بيع عليه ماله وهو حاضر عالم ساكت انه لا شيء له، وجلب نص ابن هشام ولفظه في الرجل يباع عليه مِلكه وهو حاضر فلا يغير ولا ينكر، ثم أراد بعد ذلك القيام فيه فلا سبيل له اليه، وسكوته يعد رضى منه، وكذلك إن كان غائبا وبلغه ما عمله هذا البائع المذكور. (هـ). واعتمد في ابطال دعوى القائم المذكور الحياء والحشمة في التسليم المذكور على سكوتها وسكوت ورثتها من بعدها عند بيع أخيها المِلك المذكور وصلحها فيه مع

المشتري المذكور، ثم أيَّده بجواب للإمام ابن لب، نص السؤال والجواب : سئل الأستاذ أبو سعيد ابن لب عن امرأة وهبت إخوانها جميع متروكها من والدها وفوَّتوه بالبيع على عينها، فقامت تطلب الرجوع في ذلك واستندت الى الحياء والحشمة، فأجاب رحمه الله : لا قيام للأخت بعد البيع ولا تسمع دعواها، لأن انتقال الملك من يد إخوانها موجب لبطلان دعواها. (هـ). هذا مضمَّن حكم المسدد المسؤول عنها.

فأجاب : إن كانت عادة البلاد توريث النساء وعدم عيبهن بطلب ارثهن، فالتسليم وما يجري مجراه صحيح لا كلام فيه، وإن كانت العادة بخلاف ذلك فتسليم الأخت أو العمَّة إن كانت هي طالبة للتسليم صحيح لا كلام فيه، وإن كانت مطلوبة فلها ولورثتها القيام، هذا الذي كان يحكم به في ذلك قاضي الجماعة حافظ عصره الشيخ سيدي عبد الواحد الحميدي وهو الذي ينبغي أن تجرى عليه الأحكام. (هـ).

وسئل الإمام أبو عبد الله القوري عمَّن وهب لزوجته أرضا وأحضر عدلين وأخا زوجته وطاف على حدود الأرض المذكورة، وأنه لا حق له مع زوجته المذكورة في الأرض المذكورة، وحازتها من يده وتصرفت فيها نحو خمس سنين بالحرث وقبض الغلة، وهو في المدَّة المذكورة مستمر على الإشهاد بالهبة المذكورة، ثم إنه باعها من غير إذن زوجته وأنكرت ذلك عليه وأرادت فسخ البيع المذكور، وزعم المبتاع أن البيع صحيح وأنه أفتى له ببطلان الهبة المذكورة، وأن ما ذكره في كيفية حوزها غير كاف لأن زوجها كان يأكل منها من غلة ذلك، فهل تفسد الغلة المذكورة بأكله أم لا، ويكون كأكله من مالها ؟

فأجاب : إن كان الأمر كما ذكر، فالهبة صحيحة نافذة، والحوز على الوجه الموصوف صحيح تام، ولا خلاف في ذلك في المذهب. وقد نص ابن رشد في المقدمات على أن الصدقة إذا وجدت بيد المتصدق عليه، وادَّعى أنه قبضها في صحة المتصدق قبل قيام الغرماء عليه كان ذلك حوزا ولو لم تعاين البيِّنة التحويز. ابن رشد : وهو دليل المدونَّة. ابن عبد السلام عن بعض الأندلسيين : وبه العمل،

فكيف مع حضور البيِّنة والتطواف على الشيء المحوز. وأما أكله من غلتها فلا يضرها ولا أثر له في بطلان الهبة إذا كانت بيد الموهوب لها، على ما أفتى به ابن عتاب فيمن وهبت شرب ماء من ساقيتها لزوجها فقبل ذلك منها وحازه، وكان يسقي به أرضه ويصرفه عليها تسقي به بقية أرضها، فقال : إذا كان الشرب بيد الموهوب له يسقِي منه فلا يؤثر سقي الواهبة منه، غير أنه يكره لها الانتفاع بشيء منه، لقوله عليه السلام : العائد في صدقته... الخ، وقبله البرزلي وسلمه. ومثله ما وقع لمِلك في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب الهبات والصدقات. الأول من العتبية فيمن تصدق على امرأة بخادم له وهي معه في البيت، وكانت تخدمها على ما كانت عليه. قال : حوزها لها حوز تام، وكذلك إن كانت هي الواهبة، ووقع مثله في رسم الوصايا من سماع أشهب من هذا الكتاب أيضا، والله أعلم. (هـ).

وسئل الإمام سيدي أحمد بن يحيى الونشريسي عن مسألة تظهر من جوابه.

فأجاب : الذي جرت به الفتوى ومضى عليه شيوخ العدوتين، أن الهبة والصدقة إن كانت على بالغ من أولاده أو على أجنبي، وتطوّف بالشهود على حدود الشيء الموهوب وأعلامه من جميع جهاته ونواحيه، وتخلى الواهب عنه في صحته وقيام وجهه بمعاينتهم، أن ذلك حوز تام وإن لم تعاين البيِّنة نزوله بالأرض بعد ذلك بالحراثة وغيرها من وجوه المنافع، وإن لم يحز الموهوب له ما ذكر بمحضر البيِّنة ومعاينتها حين الهبة، إلا أنها علمت بسط يد الموهوب له على ما وهب له بعد ذلك وتفرده بالتصرف فيه في صحة والده الواهب وقيام وجهه، كان ذلك أيضا حوزا تاما، وإن وجد الشيء الموهوب بيد الموهوب له بعد موت الواهب أو فلسِهِ، وادَّعى أنه احتازه في صحة الواهب وأنكره الغرماء والورثة ولا بيِّنة له، فها هنا قولان : المشهور منهما بطلان الهبة. قال في المقدمات : القولان قائمان من المدوَّنة، والله سبحانه أعلم وبه التوفيق. (هـ).

وسئل الفقيه الصالح سيدي أحمد البعل عن رجل له أشراك في أملاك، ثم

إنه وهب جميع ما ملكه الله من دور وأرضين على ابنه الصغير في حجره، ثم أراد أشراكه أن يشفعوا ذلك، فهل لهم شفعة أم لا ؟ وهل له أن يحوز الهبة لابنه الى أن يبلغ مبلغ القبض لنفسه ولو كانت دار سكناه أم لا ؟

فأجاب : لا شفعة في الهبة المذكورة، والأب يحوز على ولده الصغير ما وهبه له إلا الدارَ فلا بد من إخلائها وفراغها من شواغله. (هـ).

وسئل الشيخ الصالح الفقيه سيدي أبو القاسم بن خجو رحمه الله عمَّن وهب ماله لآخر، وعليه دين من مهر زوجته يستغرق ماله، فهل تصح هذه الهبة أو تبطل للدَّيْن السابق عليها ؟

فأجاب : إن كان الأمر كما ذكرتم ردَّت الهبة للدَّيْن المذكور، والله سبحانه أعلم. (هـ).

وسئل الفقيه العلامة سيدي أحمد بن محمد البعل عما يظهر من جوابه.

فأجاب : إذا كانَ تسليمها لأخيها على وجه الطلب والرغبة والحياء والحشمة فتسليمها باطل مردود، وإن كان التسليم على وجه المحبَّة والمودَّة والرضى من غير حشمة ولا حياءٍ فهو نافذ جائز، وإن لم يدر ما كان من ذلك حمل على عرف البلاد. (هـ).

وسئل أيضا عن الهبة هل تصح بمجرد الحيازة في حياة الواهب من غير تطوُّف الشهود عليها أو لا بدَّ من التطوُّف.

فأجاب : إذا شهد الشهود بالتصرف فيها في حياة الواهب وصحَّته فذلك حوز تام، وتقع الكفاية به. (هـ).

وسئل الفقيه الأجل القاضي الأعدل أبو عبد الله سيدي محمد بن الحسن ابن عرضون رحمه الله عن مسألة من الهبات تظهر من جوابه.

فأجاب : العجوز المذكورة القولُ قولها، إذ الغالب على عطية الهرِم أنها في مقابلة القيام بالمؤونة، وأيضا فالموهوب له يدَّعي صحَّة الهبة، والواهبة تدَّعي

الفساد، والقاعدة أن القول قول مدَّعي الصحَّة ما لم يغلب الفساد فيكون القول حينئذ قولَ مدَّعي الفساد، والغالب على عطية المسنِّين الفساد. وأما هل القول قولها بيمين أو بغير يمين، فقد قال الإمام النالي المدعوّ بالمسرف رحمه الله : إن ظهر للشهود من الواهب قرينة حال تدل على صحة دعواه فالقول قوله بلا يمين، وإن لم تظهر لهم قرينة إلا أن العرف يشهد له، فعلى القول بأن العرف يقوم مقام الشاهديْن فالقول قوله بغير يمين، وعلى أنه يقوم مقام شاهد واحد فالقول قوله بيمين. وقد أجاب الفقيه سيدي على بن خجو بنحو ما ذكرنا، مقتصرا على القول باليمين. ونص جوابه ومن خطه نقلت : إذا كان الرجل وقت نحلته أو هبته هِرما تشهد له قرينة الحال على أنه إنما فعل ذلك لهرمه وحاجته فالقول قوله في ذلك مع يمينه على صحة دعواه، والله سبحانه أعلم وبه التوفيق. وكتب عبد الله سبحانه علي ابن أبي القاسم بن خجو الحسَّاني الخلوفي. (هـ). وكتب لما لزمه من الجواب حيث عيِّن بالسؤال في النازلة عبد الله تعالى محمد بن الحسن بن يوسف المدعو بابن عرضون الزجلي وفقه الله بمنه. (هـ).

وسئل عن النازلة نفسها أو مثلها الشيخ الإمام أبو زكرياء سيدي يحيى السراج رحمه الله.

فأجاب : القول قول الواهبة بيمين : (هـ).

وأجاب عنها أيضا الفقيه قاضي الجماعة أبو محمد عبد الواحد بن أحمد الحميدي رحمه الله بما نصه : المنصوص في هذه النازلة وأمثالها أن القول قول الواهبة وتأخذ ما وهبت عن آخره، وتحلف على ذلك لغلبة الفساد في هذه الأزمنة. والسلام. (هـ).

وكتب فيها أيضا الفقيه الفرضي أبو اسحاق يعقوب اليديري رحمه الله ما نصه : إعلَمْ سيدي أني لست بمثل هذا أهلا ولا ممَّن يصدر منه قولا ولا فعلا، والذي عند محبكم في النازلة أن عادة أهل بلدنا إنما يقصدون الثواب، ولا سيما من هو شيخ كبير لمن هو غني قادر أو لصاحب جاه، وإذا كان هذا هو المعروف

جاء القول قول الواهب، وبهذا كان يفتي شيخنا سيدي علي بن هارون لأهل بلدنا بعد أن كان كلفهم بإقامة البيِّنة أَنّ هذا هو المعروف عندهم، وهذا ما عندي في النازلة. (هـ).

وسئل الشيخ الصالح أبو القاسم بن خجو رحمه الله عن زوجين هرمين زوَّجا أجنبيا بنتيهما ومنحاه الصداق من مالهما ومنَاباً في أموالهما لينصح في خدمتهما.

فأجاب : إن كان الأمر كما أصَّلتم قُضي بفساد إعطاء المنوب المذكور وغير ذلك من الصداق وبطلانِ ما لم يُفوت منه، وما فات يصح بالقيمة على القاعدة المذهبية في البيع الفاسد، ويحاسَب الخادم بأجرة مثله، ويحاسباه بجميع ما منحاه محاباة وأنفقوا عليه، وما لم يفتِ بوجه أخذه، والله أعلم. (هـ).

وسئل الإمام العبدوسي عن بنات سلَّمنَ لأخيهنَّ في ميراثهنَّ من أبيهنَّ، ثم مات الابن فقمنَ يطلبنَ ميراثهنَّ وزعمنَ أن تسليمهنَّ كان خوفا من أخيهنَّ أن يهجرهنَّ ويقطع التكلم عنهنَّ، وشهد جميع أهل البلد أن العادة أن النساء لا يأخذنَ ميراثهنَّ من إخوتهنَّ أو قرابتهنَّ، فإن فعلنَ فأخذنَ الميراث فعل الذكور بهنَّ ما زعمنَ أنهنَّ يخفنَ منه، فهل يكون لهنَّ الرجوع إذا ثبت ذلك أم لا ؟

فأجاب : العرف شاهد لما ادَّعاه من المتنازعَين فيكون القولُ قولَ البنات المذكورات مع يمينهنَّ أنهنَّ إنما تصدقنَ على أخيهنَّ لما ذكرتم، فإن حلفنَ رجعنَ في صدقتهنَّ وهذه العادة صحيحة ثابتة شائعة ذائعة عندهم وعند أكثر الناس، وبالله سبحانه التوفيق. (هـ).

وسئلت عمَّن قام على غيره في أملاك بيده فادَّعى أنها حبس عليه، واستظهر برسوم قديمة نحو الثلاثمائة عام، لأن القاضي كلفه بإثبات الحبس.

فأجبت : الحمد لله، حيث كان المتنازَعُ فيه محوزا بيده على وجه الحبس، فإنه يكفيه ذلك الرسم القديم كيفما كان، حسبما أسلفناه عن جماعة من المتأخرين. وفي نوازل الإجارة والكراء من نوازل سيدي عبد الرحمن الحائك ما

نصه : الحق كما لشيخنا (أي التَّاودي) وغيره في نحو الرسم المذكور أنه إن أقيم به على حائز فلا ينفع، لما فيه من العلل، وإن كان الرسم المذكور بيد حائز كفى، لأن الحوز وحده كاف، فكيف مع رسم ناقص الخ... وفي أجوبة سيدي العربي بردلة أنه سئل عن العقود القديمة هل يجوز التعرض لها بما يؤثر فيها أم لا ؟ فأجاب : عقود الأشرية القديمة وغيرها لا يبطلها وجود رسم غير مستوف للشروط، لأن حوزه على وجه الملك والشراء والتصرف هو الذي يثبت به الملك. (هـ). وقال أيضا في هذا المعنى : ولو فتح فساد العقود المجاوزة للأمد المذكور لفتح على الناس باب يعسُر سده، والمقصود ضده، وحل بالناس بسببه أعظم المواقع، واتسع الخرق على الراقع، وتلك بلية عظيمة لمن مارس الناس، ومذهب مالك مبني على سدِّ الذرائع. (هـ). ونحوه في الدُّر النثير عن القاضي ابن يبقى، ونصه : وأما هذه المسألة، لو قدر بطلان الوثيقة فيما حيز بدعوى الشراء ما ضر، والحوز يكفي في ثبوت الشراء. (هـ). ونحوه في نوازل أبي العبّاس الملوي عن جماعة من العلماء، والله أعلم. قاله وقيَّده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عمَّن حبَّس دويرية على ولدي أخيه وهما فُلان وفُلان بخط يده، وذكر فيها أنه حوزها لوالدهما لكونهما في حجره، فمات والدهما بعد سبعة أعوام وتركهما فيها على عين المحبس، ثم مات المحبِس أيضا بعد ثلاثة أعوام وهما فيها، فقام عليهما ورثته وطلبوا منهما إخلاءها فبحث الولدان عن خط يد الهالك فلم يجداه، فأبقاهما فيها الورثة على وجه العارية وأشهدوا عليهما بها، ثم وجدا خط يد الهالك وأرادا القيام بالحبس. فأفتى غير واحد من أهل مراكش وما قاربها ببطلان الحبس المذكور، لإشهادهما أنهما فيها على وجه العارية ولعدم الإشهاد من المحبس بالحُبُس، ولعدم ثبوت حوزه بالمعاينة الخ...

فأجبت : الحمد لله، الحبُسُ المشار اليه صحيح لا غبار عليه تمالأ عليه المفتون من بطلانه بإشهاد المحبَّس عليهما بالعارية غيرُ ظاهر، لأن ذلك الإشهاد بالعارية لا يلزمهما حيث ادَّعيا أنه (أي الإشهاد) إنما كان منهما لعدم وجود خط يد المحِبس، إذ هذه دعوى تصدِقها العادة لأنها قاضية بأنهما لو كان

عندهما ذلك الخط وقت الإشهاد لم يرضيا بالعارية. وفي قواعد القرافي في الفرق الثاني والعشرين بعد المائتين ما نصه : إذا أقر الوارث أن ما تركه أبوه ميراث بينهم على ما عهد في الشريعة، ثم جاء بشهود أن أباهم أشهدهم أنه تصدق عليه في صغره بهذه الدار وحازها له بوجه شرعي، فإنه إذا رجع عن اقراره بأن التركة كلها موروثة، إلا أن هذه الدار المشهود بها له دون الورثة، واعتذر بإخبار البيِّنة له وأنه لم يكن عالما بذلك، بل أقر بناء على العادة، ومقتضَى ظاهر الشريعة أنه تسمع دعواه ويقبل عذره ويقيم بينته، ولا يكون إقراره السابق مكذبا لبيِّنته وقادحا فيها، لأن هذا عذر عادي يسمع مثله. (هـ). وسلمه ابن الشاط، وارتضاه الشيخ الرهوني في حاشيته، فتأمَّل قوله لأن هذا عذر عادي الخ... فإنه يفيد ما قلناه. وقال أبو العباس الملوي : اعتمد ما للقرافي غير واحد من الحفاظ المتأخرين وتلقوه بالقبول، منهم أبو سالم اليزناسني. (هـ). قال التسولي بعد نقل عن المازري أنه أفتى بمثل ما للقرافي ما نصه، وبه كنت أفتيت، وانظر شرحنا للشامل، ويؤيده ما مر أول الاستحقاق. (هـ). ونصه في المحل المذكور نقلا عن ابن رحال بعد أن ذكر عن الحطاب أن شراء المستحِق الشيء المستحَق مانع من استحقاقه هو ما نصه : ولو اشتراه وهو يرى أن لا بيِّنة له، ثمَّ وجد بيِّنة فله القيام وأخذ الثمن منه، وأحرى لو اشتراه وهو غير عالم أنه له، قال ابن رحال وهو ظاهر. (هـ). ونحوه قول المتيطي : وإن أتى ببيِّنة بعد الشراء وزعم أنه لم يعلمها فالقول قوله، قال فضل: وهي زيادة جيدة. (هـ). ونصوا أيضا على أن غيبة الرسم عذر، ونص في المعيار على أن من سلم في شيء وهو يظن لزومه له، ثم انكشف له عدم اللزوم أن له أن يرجع عن ذلك فتأمَّله. وكذلك ما تمالأوا عليه أيضا من بطلان الحبس بترك المحبس الإشهاد على خطه في حياته الخ... غير ظاهر أيضا، لأنه خلاف المشهور من لزوم العطية بمجرد القول.

قال الزرقاني على قول المختصر : «وحيز وإن بلا إذن وأجبر عليه» ما نصه : لأن الهبة تلزم بالقول على المشهور. (هـ). وقال في التحفة : ولا رجوع بعدُ لمصدِّق. وقال المكناسي في مجالسه أول باب الحبس : ليس للمحبس الرجوع في

حبسه، ويلزم إقباضه للمحبَّس عليه، فإن امتنع من ذلك جبر عليه. (هـ). وقال ابن عرفة : المعروف لزومُ العطية بعقدها الخ... ونصوص العلماء بهذا كثيرة، وتتبعُها يطول، فلو كانت العطية لا تصح إلا بالإشهاد لصح فيها الرجوع قبله، ولم يجبر المعطي على الإقباض قبل الإشهاد، وكلا الأمرين باطل. وقد صرح الحطاب في أول كتابه الالتزام بما قلناه ولم يحك فيه خلافا، ونصه : قال في كتاب المديان من المدوَّنة : ومن ضمن لرجل ماله على ميت ثم بدا له فقد لزمه ذلك، لأن المعروف كلَّه إذا أشهد به على نفسه لزم. (هـ). قلت : وذكر الإشهاد هنا ليس شرطا في اللزوم، وإنما خرج مخرج الغالب كما يظهر ذلك ممَّا قبله وما سيأتي والله أعلم. (هـ). وكذا نقل بعض المفتين أيضا عن التسولي أن ما كتبه الشخص بخط يده من حبس أو صدقة أو ضمان أو قاله بلسانه لا يلزم إلا بالإشهاد الخ... باطل أيضا بَلْ ما قاله الصحيح في حال صحته أو كتبه بخط يده، يؤاخذ به بمجرَّد الإقرار به نطقا أو كتابة ولو لم يشهد عليه. قال في المختصر : يؤاخذ المكلف باقراره. وقال في التحفة :

وكاتب بخطه ما شاءه ... ومات بعدُ أو أبى إمضاءه
يثبت خطه ويمضي ما اقتضى ... دون يمين وبذا اليوم القضا

وقال في التبصرة نقلا عن ابن راشد : حقيقة الإقرار الاخبار عن أمر يتعلق به حق للغير، وحكمه اللزوم وهو أبلغ من الشهادة، ثم قال : ولا خفاء في صريح ألفاظه، ويقوم مقام اللفظ الإشارةُ والكتابة والسكوت. ثم قال : فرع، لو كتب رسالة لرجل غائب إن لك علي كذا لزمه، فإن جحد وقامت البيِّنة أنه كتبه أو أملاه لزمَهُ، ويلزمه أيضا كل ما فيه من الطلاق وغيره خلاَ الحدود. ثم قال : فرع، ولو كتب في الأرض: لفلان علي كذا وقال إشهدوا علي بهذا لزمه، وإن لم يقل إشهدوا لم يلزمه، ولو كتب ذلك في صحيفة أو لوح أو خرقة لزمه إن شهد أنه خطه، بخلاف كتابته في الأرض. (هـ). فأنت تراه إنما استثنى الحدود والكتابة في الأرض، تأمله. وأما قياسُ ما أوجبه الشخص على نفسه في حال صحته من حبُس وغيره على الوصية فبعيد لا يصح، لأن ما أوجبه الصحيح على نفسه يلزمه من وقت النطق به، والوصية إنما تلزم بالموت، وأيضا الإقرار في حال الصحة لازم، والوصية

في حال الصحة غير لازمة، وأيضا الإقرار لا يصح فيه الرجوع، والوصية يصح فيها الرجوع، فبينهما مسافة وبون كما بين الضب والنون. ومن العجب استدلال بعض المفتين على هذه النازلة بنصوص الوصية ولا جامع بينهما بحال، فتأمَّله، وكذا ما تمالأوا عليه أيضا من بطلان الحبس بعدم ثبوت حوزه بالمعاينة، لا عبرة به أيضا، لقول شهيدي الوثيقة : يشهدان ويعلمان بأن كان في يدهم وتحت حوزهم وتصريفهم جميع الدويرة إلى قولهما : واستمر حوزهم وتصريفهم عليها مدَّة من نحو عشر سنين سلفت الى أن قالا : كل ذلك في علمنا بالمعاينة والاطلاع الخ... فقولهما بالمعاينة والاطلاع هو عين المعاينة كما هو ضروري، ولا يشترط التصريح بلفظ المعاينة، لأن النظر للمعنى لا للَّفظ، فتأمله بإنصاف لاباعتِسافٍ والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. ثم اعترض هذا الجواب، فأجبنا عن الاعتراض بما نصه : الحمد لله، لا إشكال في ثبوت ذلك الحبُس بقول المحبس المذكور : حبَّست على أولاد أخي الخ، حيث ثبت خطه بالبيِّنة الشرعية. قال في المختصر : «صحَّ وقف مملوك بحبَّسْتُ ووقفتُ وتصدَّقتُ إن قارنه قيد». قال أبو علي في شرحه : والمعنى أن الوقف يصح ويتأبد بهذه الألفاظ الخ... وقال ابن الحاجب: الركن الثالث، الصيغة أو ما يقوم مقامها : ولفظ وقفت يفيد التأبيد، وحبَّست وتصدقت إن اقترن به ما يدل من قيد الخ... وقال الرجراجي : والحبس له ثلاثة ألفاظ: حبس وصدقة ووقف الخ... وكتب الفقهاء طافحة بهذا فلا حاجة الى التطويل به. ولا فرق عند أحد من الأئمة بين أن يكتب حبَّست بخطه أو يقوله بلسانه، بل قال الزرقاني : يثبت أي الحبُس بكتابة على أبواب المدارس والربُط والأحجار القديمة وعلى الحيوان، وكذا يثبت بكتابة لفظ وقف على كتاب الخ... فظاهره ولو لم يعلم صاحب الخط. أنظره والله أعلم. وأما حوزهما مع أبيهما الدويرة بالتصرف فيها وهما في حجره فصحيح على المعتمد كما في الشيخ بناني على قول المختصر، «ولو سفيها»، ونصه : قال الحطاب : ظاهر المصنف أن حيازة السَّفيه مطلوبة ابتداء وليس كذلك، بل الحائز له ابتداء وليه، وإنما الخلاف إذا حاز لنفسه، والقول الراجحُ إنَّ حيازته جائزة، خلافا للباجي. (هـ). ثم ذكر أن حكم

الصغير كالسفيه فيما ذكره. وفي التحفة :

ونافذ ما حازاه الصغيرُ لنفسه وبالــغ محجــورُ

وقال ابن عرفة : حوز الأب لصغار ولده ما يعرف بعينه صحيح، ابن رشد: اتفاقا. (هـ). وأما المعاينة المشترطة في الحوز فموجودة هنا، لقول شهيدي الرسم، كل ذلك في علمنا بالمعاينة والاطّلاع على ما ذكر الخ... ولئن سُلم خلو الرسم من المعاينة فنقول : الشهادة بالتصرف تغني عنها وتقوم مقامها. ففي نوازل المحقق الزرهوني نقلا عن نوازل الزياتي ما نصه : وسئل (أي الفقيه العلامة سيدي أحمد البعل) عن الهبة هل تصح بمجرد الحيازة في حياة الواهب من غير تطوُّف الشهود عليها أم لا بدَّ من التطوُّف ؟ فأجاب : إذا شهد الشهود بالتصرف فيها في حيازة الواهب وصحته فذلك حوز تام وتقع الكفاية به. (هـ). وأجاب القاضي ابن سودة أيضا : الحمد لله، الشهادة أعلاه صحيحة تامَّة، وتصرف الموهوب له في الهبة قبل حصول المانع للواهب كاف في حوزها، والله أعلم. وكتب عبد الله تعالى أحمد بن سودة كان الله له. وبعده، الحمد لله، المسطر أعلاه صحيح والله تعالى أعلم. وكتب عبد ربه تعالى سليمان بن أحمد الفشتالي وفقه الله. (هـ). من خطه (هـ). ونقل أيضا عن المحقق الونشريسي ما نصه : وإن لم يحز الموهوب له ما ذكر بمحضر البيِّنة ومعاينتها حين الهبة، إلا أنها علمت بسط يد الموهوب له على ما وهب له بعد ذلك، وتفرده بالتصرف فيه في صحة والده الواهب وقيام وجه كان ذلك أيضا حوزا تاما. (هـ) الغرض منه بلفظه، فأنت ترى كلامهم صريحا في أن الشهادة بالتصرف تغني عن المعاينة، فكيف إذا اجتمعا كما في هذه النازلة، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل العلامة أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عمَّن ترك ثلاثة أولاد ذكران وأنثى وخلَّف أصولا، ثم تزوجت البنت وبقيت الأصول يستغلها أخواها إلى أن توفي أحدهما وترك أولادا، وبقي الآخر يتصرف في الأرض وحده الى أن قامت زوجة الأخ طالبة صداقها وميراثها في زوجها، وقام زوج الأخت لكونها ماتت أيضا طالبا غلة ما استغله الأخوان من أصول البنت المذكورة، إذ هو وارثها وأولادها منه.

فأجاب : هذه المسألة كما للفاسي في أجوبته، ممَّا عمَّت بها البلوى وكثر عنها سؤال المتأخرين وأجوبتهم. وفي المعيار سئل عنها ابن عمران ، فأجاب : اختلف العلماء في هذا، فروى عيسى عن ابن القاسم أنه لا حقَّ للأخوات في الغلة، وحَمَلَ السكوت على الرضى وجعله مع الزمن الطَّويل كالإذن المصرح بالهبة من الأخوات لإخوتهن. وقال ابن حبيب : إنهنَّ على حقهنَّ في الغلة، وسكوتهن لا يدل على الإذن. وفي العتبية : الأصل ثبوت الحق للأخوات، فلا يبطل بالأمر المحتمل. وفي المسألة قول ثالث لبعض المتأخرين وهو : إن كان بين الإخوة وبينهن الألفة والوقار والحياء، فالأخوات أو ورثتهن باقيات على حقوقهن وإن طال الحيازة، وإن عرف منهن غير ذلك بطل حقهن. قال : وما قلناه إنما هو في الغلة فقط. وأما الأصل فلا يسقط بسكوتهن ولو بعد مائة سنة إلا أن يدَّعي الحائز لذلك أنه اشتراه من وارثه من القائمة أو ورثتها، فحينئذ القول قوله. وفي الهبة والصدقة خلاف. قال : فهذه كلها وفقكم الله أقوال مذهبية، فمن حكم بقول من هذه الأقوال فهو على صواب. (هـ). ثم ذكر ما كان يسمعه من الأشياخ في نساء البوادي، وان المسألة معروفة لأبي الحسن الصغير، إلا أن ذلك في بلد جرت عادتها بتوريث الأخوات فيها، فيتنزل ذلك منزلة الحاضرة يلزمهن ذلك. (هـ). فهو خلاف في شهادة، ولذلك من حكم بقول من هذه الأقوال كان صوابا. وهذا أيضا إن لم يدَّع الأخ دفع نصيبهن من الغلَّة في جميع المدَّة وإلا كان مصدقا. قال ابن ناجي : وقعت بالمهدية فأفتى ابن عرفة بذلك، وأبو مهدي بعكسه، ثم رجع لما لابن عرفة وقال : إنه وكيل عرفا، قف عليه في شرح شيخنا للتحفة، ويقيد أيضا بما للبرزلي والمعيار في نوازلهما، ونظمه من نظم عمل فاس وقال فيه : إنه يظهر من البرزلي ترجيحه على فتوى السيوري، ونص ما له :

وما على الشريك يوما إن سكنَ في قدر حظه لغيره ثمن

قال ابو حفص : إذا زرع أحد الورثة قدر حظه من الأرض لا كراء عليه، لأنه إنما زرع قدر حصته، بخلاف مَرْكب بينهم، لأن راكبه سافر به وليس على شريكه أن

يسافر مركبه بغير كراء والأرض على حالهاه البرزلي وكذا يلزم في الدار انها على حالها بخلاف المركب. (هـ).

وسئل أيضا عن أخوين التزم كل واحد منهما لأخيه الشركة فيما يأخذه في سفرته.

فأجاب : إنه التزام فاسد. ففي التزام الحطاب أن الالتزام يكون باطلا إذا علق على شيء مجهول وكان الالتزام مُقارنا لعقد شرعي من بيع أو إجارة أو سَلَمٍ أو نحوه. (هـ). وعليه يدل كلام غيره، وليس من شركة الذِّمَمِ في شيء وإنْ تحيله الخصم، لقول ابن عرفة وغيره فيها: إنها شركة بما تقرر في ذمتها مضمونا عليها، فيجب رد الآخِذ ما أخذه من أخيه ولا يدفع ما ربحه، أرْبَى أو نزل كما هو واضح. (هـ).

وسئل أيضا عمَّن التزم لصهره الاسكان في دار مدَّة العصمة ثم مات الملتزم، وأراد بعض ورثته بيع حصته من هذه الدار لغير ورثة أبيه.

فأجاب : إنه لا يجوز له ولا لغيره بيع حتى تنقضي مدَّة العصمة بموت أو طلاق، كما أفاده الحطاب في التزامه عن البرزلي في مسائل الأنكحة، عن نوازل ابن الحاج في ارادة غرماء الأب بيع هذه الدار، فقال الأتباع: حتى تنقضي مدَّة العصمة بموت أو طلاق. (هـ).

وسئلت عن نحو المسألة: وذلك أن امرأة ادَّعت على زوج بنتها أنها كانت أعطته دارا للسكنى ببنْتها ما دامت الزوجية بينهما، وكان ذلك في حياة زوجها، والآن مات زوجها وافتقرت، بل وصارت تخدم على أولادها الصغار فأبطلت تلك السكنى ورجعت عنها، فأجابها الزوج بأنه عند انقضاء الزوجية يمكِّنها منها، وأما الآن فلا، فحكم القاضي على الزوج بإحضار رسم العطية فادَّعى الزوج ضياعه. الخ...

فأجبت بأن الزوج لا يلزم بإحضار الرسم، لأن صهرته مُقرَّة، وإقرارها أقوى من البيِّنة، لقول اليزناسني في الإقرار: وهو أقوى من البيِّنة على المقر، لقوله ﷺ : أحق ما يؤاخَذُ به المرء إقرارُه على نفسه الخ... وقول لسيدي عمر الفاسي : وهو

أوثق من البيِّنة. الخ... وعليه فلو كان هذا الزوجُ لم يدَّع ضياعَ هذا الرسم فلا حاجة لإليه، لأن إقرار المرأة في المقال بإعطاء السكنى مدَّة الزوجية يغني عن هذا الرسم،والله أعلم. المهدي؛الله وليه. ولما وصله هذا الكتاب حكم على المرأة بإبطال دعواها وبقاء الزوج ساكنا حتى تنقضي الزوجية ولم يطالبه بالرسم.

وسئلتُ عن أخوين مات أبوهما وكان إماما في مسجد وناظرا على أحباسه بظهير مولوي يأخذ على ذلك مالا كثيرا، وكان أوصى لواحد منهما أنه الذي يتولى في محله بعد موته، فقام الأخ الآخر وأثبت ببيِّنة أنه يستحق الإمامة والنظر على ذلك المسجد،ونازع أخاه فيما أوصى به اليه أبوه، محتجا بأن ذلك لا يكون بالوصية، وإنما يكون بثبوت الأهلية، ثم اصطلحا على أن الإمامة والنظر بينهما نصفين قبل وصول السلطان لفاس، وأشهدا في هذا الصلح أنه إن وصل السلطان لفاس وذهب اليه أحدهما فقط وأنفذ له ذلك وحده فهو مشرك لأخيه معه في ذلك، ثم لما وصل السلطان لفاس ذهب له الأخ الموصَى له وحده وأنفذ له الإمامة والنظر، وأراد الاستبداد بوفره وطلب أخوه الدخول معه في الوفر عملاً بما أشهدا به على أنفسهما في رسم الصلح من التشريك.

فأجبت : الحمد لله، حيث أشهد سيدي أحمد في رسم الصلح بالشركة مع أخيه سيدي التهامي في شأن الزاوية على ما هو مبيَّن بالرسم وأراد الآن الاختصاص والاستبداد فلا يلتفت اليه، والشركة لازمة له،لأنه إن ملك ذلك بالوصية من أبيه وشرك أخاه المذكور في ذلك لزمه،لقول المدوَّنة في كتاب المدْيان: إن المعروف كله إذا شهد به على نفسه لزم. (هـ). وقال ابن عرفة،المعروف لزوم العطية بعقدها. الخ... ولذا قال في المختصر : «وحيز وإن بلا إذن وأجبر عليه». الزرقاني :لأن الهبة تلزم بالقول على المشهور. (هـ). وإن كان إنما تم له المِلك بالتنفيذ المولوي الواقع بعد الإشهاد، فالتشريك لازم له أيضا بمقتضى ذلك الإشهاد وإن كان سابقا على التنفيذ المولوي. ففي التزامات الحطّاب نقلا عن ابن رشد ما نصه : اتفقت الروايتان على أن الواهب ميراثه في مرض الميت ليس بواهب لما لم يملكه،وإنما هو واهب له إذا ملكه بقوله المتقدم قبل أن يموت، إلى أن

قال عن كتاب الهبة من المدوَّنة ما نصه : وإن وهب موروثه من فُلان ولا يدري كَمْ هو : ربع أو سدس ؟ أو وهبه نصيبه من دار أو جدار ولا يدري كم ذلك ؟ فذلك جائز، والغرر في الهبة لغير الثواب يجوز. (هـ). فظاهرها سواء كان في الصحة أو في المرض أو بعد الموت، ثم قال بعد كلام ما نصه : يظهر من كلام ابن رشد أن الخلاف إنما هو حيث يهب ما يرثُ من قريبه على الجزم من الآن، وأما لو صرح بالتعليق وقال : إن ملكت الشيء الفُلاني فهو صدقة على فُلان فإنه يلزمه وهو ظاهر إذا كان في غير يمين. (هـ). وقال أيضا : يصح التزام المجهول كما تقدَّمت الإشارة اليه في الكلام على الأركان لأنه كالهبة، وهبة المجهول صحيحة. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب من كتاب القراض : ولو شرط الربح لغيرهما جاز. قال ابن عبد السلام : وهل يلزمها الوفاءُ به ويقضى به على الملتزم إن امتنع، وأما إن كان غير معين كالفقراء، فالمشهور أنه لا يقضى به إن امتنع، وعلى ما في الموازية ينبغي أن يقضى. خليل : والمشهور مذهب المدوَّنة؛ لأن فيها: إذا اشترط المتقارضان عند تعاملهما ثلث الربح للمساكين جاز ذلك ولا أُحِبُّ لهما الرجوع فيه ولا يقضى بذلك عليهما. (هـ). ثم قال : تقدم عن كتاب الشركة من المدوَّنة أن الرجل إذا قال لرجل : لك نصف ما أربح في هذه السلعة لزمه ذلك، وله طلبه بذلك ما لم يُفلِسْ أو يمت. (هـ). فهذه النصوص كلها مفيدة أن ما أشهدا به في رسم الصلح لازم لهما، والله أعلم. وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

نــوازل العُمْــــرَى

سئلت عمَّن أَعمَر محلا بداره لولد أخيه وحازه في صحته معاينة، ثم لما مات المعْمِر استظهر واحد من أولاده ببيِّنة أن أباه كان رجع في عمْراه، ولما علم بذلك المعمَر تحول عن ذلك المحل وخرج من الدار بالكلية فدخله المعمِر وبقي ساكنا به الى أن مات. الخ...

فأجبت : الحمد لله، ما استظهر به الولد من البينة الشاهدة بأن المعْمَر تحوَّل عن المحل عن طيب نفس وسكن به المعْمِر حتى مات، الخ... لا يفيد شيئا لأنه على تسليم أنه انتقل عن المحل وسكن فيه المعمِر الى أن مات، فإن العمْرى لا تبطل بذلك هنا، لأن بين العمرى ورجوعه سنة وخمسة أشهر، ومن المعلوم أن رجوع العطية للمعطي بعد السنة لا يضر. قال ابن جزي في القوانين : فإن وهب لابنه دارا فعليه أن يخرج منها، وإن عاد لسكناها بعد عام لم تبطل الهبة. (هـ). وفي المقصد المحمود أيضا : وإن عاد الأب لسكنى الدار بعد حول كامل لم تبطل الصدقة وقيل: سنتان، والأول يجزىء والثاني أتمُّ. (هـ). وأشار له في المختصر بقوله بخلاف سنة، قال في التوضيح : وهو الذي رواه محمد عن مالك وأصحابه الخ... وقال الشيخ التاودي في شرح التحفة أيضا : هو المشهور والمعمول به. قاله المتيطي وابن الحاج، ونظمه الإمام المزوار فقال :

رجوع واقف لما قد وقفا بعد مضي سنة قد خفِّفا
على صبي كان أو ذي رشِدِ واعتُرضت طريقة ابن رشـدِ

(هـ) والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئلت عمَّن أَعمَرَ دارا لأولاد أخيه ولم يحوزوها من يده الى أن مات. الخ...

فأجبت : وأما العمرى فباطلة لعدم الحوز. قال في التحفة :

هبةُ غلةِ الأصول العمْرى بحوز الأصلِ حوْزها استقرَّا

قال الشيخ التاودي في الشرح : ولا بد فيها من الحوز كسائر العطايا. (هـ). وقال الحطاب في التزاماته : كل ما يتبرع به من الأموال فشرطه الحيازة في الصحة. (هـ). وذكره الشيخ ميارة في شرحه عند قول التحفة : والحوز شرط صحَّة التحبيس... البيت، ونصه : وليس اشتراط الحوز خاصا بالتحبيس، بل هو شرط في كل ما ينتقل بغير عوض وهو التبرع مطلقا الخ..، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عمَّن استظهر برسم العمرى عليه وعلى أخيه وعلى أبناء عمِّه وأمهم مدة حياتهم، فبطل الرسم لخلوه من الحوز معاينة ولعدم قبولهم العمرى، ثم قام واحد منهم برسم آخر.

فأجبت : الحمد لله، حيث كانت الدعوى وقعت في العمرى قبل هذا الوقت بالرسم الأصلي وبطلت لكون الرسم المذكور خاليا من الحوز والقبول، ثم استظهر واحد منهم برسم آخر أقامه، بينه وبين تاريخ الأول ما يزيد على عشرين سنة، فإنه لا يلتفت اليه لأمور : أولها، ما ذكره الشريف العلمي في نوازله أن الاستظهار بالرسم الثاني بعد بطلان الأول لا يعمل به للريبة، ونصه نقلا عن سيدي أحمد البغل: الرسم الثاني الذي أخرجه بعد اعلاء النسخة من آخر مستراب، وكل مستراب لا يعمل به. الخ... وأجَاب عقبه ابن عرضون : وعلى ما كان في الرسم الأول ينبني الحكم، والرسم الثاني لا عمل عليه. (هـ).ولا يقال: محل البطلان إذا اشتمل الرسم الثاني على زيادة أو نقص كما قاله التسولي، لأنَّا نقول: ما هنا كذلك، إذ الرسم الأول فيه العمرى لجميع الدار، والثاني فيه العمرى لبيت منها فقط. وأيضا الأول فيه العمرى لأخويه للأب ولأبناء عمِّه، والثاني فيه العمرى لأبناء عمِّه فقط، وأيضا الأول فيه أن أمهم من جملة المعمَرين دون الثاني الى غير ذلك. ثانيها، أن الرسم الثاني غير مطابق للخارج، لقول شهوده : وقد توفي وهم ساكنون فيه أي البيت الى الآن وحتى الآن الخ... مع أن البيت الآن ليس فيه واحد منهم ساكنا به كما أجاب به المدَّعى عليه في المقال. وقد نصوا على بطلان الرسم إذا كان قول المشهود له يناقضه، وهذه المسألة من أفراده. قال الشارح في

حل الرسوم : أو بمناقضة قوله لنص ما شهد له به. الخ... ثالثها، أن الذي جرى به العمل في العطية أنه لا بد فيها من الحوز بالمعاينة والقبول، وإن كانت دار السكنى فلا بد من رؤيتها فارغة من شواغل المعطي، وهذا الرسم خال من ذلك فلا عبرة به والله أعلم. قاله وقيَّده المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل العلامة أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عما في نوازل الشريف العلمي أنه سئل (أي السراج) عن أناس لهم أملاك عديدة ببلاد شتَّى، وجرت عادتهم مع الناس أنهم يتفضلون عليهم في أملاكهم بالبناء والحرث والغراسة وغير ذلك من أنواع العمارة، ثم إن بعض الساكنين أنكروا الفضل والإحسان وأرادوا أن يمتازوا ببعض الأملاك بسبب العمارة وينسبوها لأنفسهم من غير أن تقوم بيِّنة على ذلك. فأجاب : إنها لا تجوز على الوجه المذكور إلا إذا قامت بيِّنة مقبولة بانتقال الأملاك ببيع أو صدقة، وأما مجرد العمارة العارية عن ذلك فلغو ولا عبرة بها ولا معوَّل عليها. (هـ).

فأجاب : إنه واضح حيث كانت الأرض المذكورة معروفة للقائم ومنسوبة اليه. وفي المعيار عن ابن رشد : إن مجرد الحيازة لا ينقل الملك عن المحوز عنه اتفاقا. (هـ). وأيضا اختلف هل يطالب الحائز ببيان السَّبب ووجه مِلكه ؟ فقال ابن أبي المزمنين : لا يطالب، وقال غيره : يطالب، وقيل : إن لم يثبت أصل الملك للمدعي لم يطالب، وإلا طولب كما في حواشي شيخنا بناني مُحيلا على الحطاب، والمسألة في الدُّر النثير وغيره، فلعل ما عند السراج مبني على شيء من ذلك، والله الموفق. (هـ).

قلت : نقل الرهوني في حاشيته كلام الشريف العلمي وقال عقبه ما نصه : وكان شيخنا الجنوي يسلم هذا الفقه ويقول: إنه منصوص عليه لمن قبل السراج هو ظاهر والله أعلم. (هـ). ولكن الصواب أن محله كما قاله الحائك حيث كانت الأرض معروفة للقائم الخ... تأمَّله.

وسئلت عن دار بين امرأتين أنصافا بينهما، أوصت الأولى منهما بأنها إن

ماتت فنصفها في الدار يكون لبنتها فُلانة حبسا عليها، فإن ماتت فلأولادها (أي البنت)، فإن انقرضوا أو لم يكونوا فيرجع النصف المذكور حبسا على مكَّة شرفها الله، وأوصت الثانية بمثل ذلك لبناتها الثلاث على الصفة المذكورة في الأولى حرفا بحرف، فهل يصح تحبيسهما أو يبطل الخ... ؟

فأجبت : الحمد لله، تحبيس المرأتين للدار المذكورة على من ذكر صحيح تام لا شيء فيه إن حملها ثلثهما أو ما حمله منها، غير أن ورثة البنتين يدخلون كلهم في غلة تلك الدار ولا يختص بها بناتهما ما دمْنَ بالحياة، فإن انقرضن كلهنَّ رجعت الدار حبسا على أولا دهن (أي على أولاد بنات الموصى لهن) فقط، وبمجرد موتهن ينقطع تصرف الورثة في الحبس مع أولادهن، والمسألة مشهورة كنار على عَلَم ففي نوازل الوصايا من أجوبة القاضي سيدي العربي بردلة أنه سئل عن رجل أوصى بثلث متخلفه في مرضه الذي توفي منه لزوجته وابنته، وأنه ينحصر في دار سكناه، فإذا ماتتا رجعت الدار لمسجد أبي يعزى نفعنا الله به.. فهل سيدي تصح هذه الوصية بعد موت الزوجة والابنة وتكون الدار أو ما حمله الثلث منها حبسا للمسجد المذكور أم لا ؟ وهل تصح للمسجد قبل موتهما أو لا الخ... ؟ فأجاب بأن الدار الموصَى بها تكون حبُسا للمسجد بعد موت الزوجة وموت الابنة إن حملها الثلث أو ما حمله منها لا في حياتهما أو حياة واحدة منهما، وإن كان العاصب يدخل معهما في الغلة في حياتهما، والله أعلم. (هـ). وفي نوازل الحبس من أجوبته أيضا أنه سئل عن رجل حبس أملاكه على الذكور دون الإناث وأدَّى أحد شاهديه بأنه حبس في حال مرضه، وتوفي الآخر قبل أن يعلم ما عنده، فهل يصح هذا الحبس أم يبطل ؟ فأجاب : إن الحبس على الذكور دون الإناث يمضي بعد الوقوع ولا يبطل، وإذا وقع في المرض معقبا صح ما يحمله الثلث منه، ويدخل في الغلة التي يستحقها أولاد الأعيان أي أولاد صلبه المباشرون، غَيْرُهُم من الورثة البنات والزوجة ونحوهن، والله أعلم. (هـ).

وفي نوازل العلامة سيدي عبد الرحمن الحائك نقلا عن ابن عبد السلام بناني الفاسي أنه سئل عن امرأة أشهدت على نفسها في مرضها إن قدر الله بموتها

فواجبها في دار سكناها يكون حبُسا مؤبَّدا، وجعلت النظر في ذلك لولدها فُلان يتولى السكنى في الواجب المذكور، ثم بعده إن انقرض لمن يكون أهلا لذلك من باقي أولادها الذكور، ثم لأعقابهم وأعقاب أعقابهم ما تناسلوا، فإذا انقرضوا رجع النظر في ذلك للقضاة. فأجاب : المسألة من باب أولاد الأعيان، وقد حدَّدها ابن رشد في البيان والتحصيل، وأشار إليها في المختصر. وفي نازلة السؤال يبقى واجب الوصية من الدار في استغلال سائر ورثتها ما دام الولد الموقوف عليه حيا ولا مدخل للأعقاب مع وجوده، فإذا فُقد الولد قام العقب يستحقون ذلك الواجب على وجه الوقفية. الخ... والنصوص بهذا كثيرة فلا حاجة للتطويل بها، فظهر بهذا أن قول من قال : الحبس الصادر من الأختين على أولادهما لا يصح بحال لبطلانه من وجهين : أحدهما فيه الوصية للوارث الخ... وثانيهما أن الحبس المذكور فُقد منه شرط الحوز الخ.. باطل غير صحيح، لأن بطلان الوصية للوارث إذا كانت له وحده، فإن كانت له مع غيره معقبة كما هنا فتصح لتعلق حق غير الوارث بها، كما استثناه في المختصر في باب الحبس بقوله : «وبطل على وارث بمرض موته إلا معقبا خرج من ثلثه» الخ... قال الزرقاني : فيصح (أي الحبس) لتعلق حق غير الأولاد بما نابهم، إذ هو لأولادهم وإن سَفلوا الخ... وقال أيضا : ولكونه وقفا لم يبطل ما ناب أولاد الصلب لتعلق حق غيرهم. الخ... وقال ابن عرفة : وهو (أي الحبس) على وارث وحده في المرض مردود كهبته فيه، فلو كان على غيره معه فهو كالمشهور بمسألة ولد الأعيان الخ... قف عليه. وقوله : الوصية التي ذكر فيها الحبس يغلب فيها جانب الوصية، يقتضي أن الوصية تنافي الحبُس وليس كذلك، بل الوصية تكون تارة بالملك وتارة بالحبس كما هنا. قال الشيخ التّاودي في شرح قول ابن عاصم : وصححت لولد الأولاد... البيت، ما نصه : ثم هي (أي الوصية) محمولة على التمليك إن لم يكن فيها لفظ حبُس. ونظمه ميارة بقوله :

إن لم يبين كونه وقفا ولا صدقة على التملك إحمِلا

أي إن لم يبين الموصي مراده في الوصية هل أراد بها الوقف (أي الحبس أو الصدقة) فتحمل على التمليك، ومفهومه إن بيَّن مراده بالوقف أو بالصدقة فيتبع لفظه ويعمل

بما أراده ودل عليه لفظه، وعليه فحيث كان الحبُس المذكور من باب الوصية فلا وجه لاشتراط الحوز فيه قبل الموت، إذ الوصية لا يشترط فيها حوز كما هو معلوم بالضرورة والله أعلم. قاله وقيّده عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

وسئلت عمن حبّس ثلثي داره على أولاده الخمسة سمّاهم وأولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا الخ... وحبّس ثلثها الباقي على أخته لأمّه فُلانة وعقبها قائلا : فإن انقرض العَقِبَانِ معاً رجعت الدار كلها لضريح ولي الله تعالى سيدي فُلان، ثم انقرض أحد العقبين، فهل ترجع تنتقل حصته للعقِب الآخر أو تنتقل لضريح سيدي فُلان المذكور ؟

فأجبت : الحمد لله، تنتقل حصة العقب الذي انقرض للضريح المذكور ولا يستحقها الفريق الباقي، ولا إشكال في ذلك كما أشار اليه في المختصر، ونصه ممزوجا بكلام الزرقاني : وإن وقف على اثنين معيَّنين كزيد وعمرو وبعدهما أي بعد كل واحد منهما يكون وقفا على الفقراء، فإنه يكون نصيب من مات من الاثنين المعينين لهم أي للفقراء لا لرفيقه الباقي سواء قال في حياتهما أم لا. (هـ). وهو كما ترى إذا كان الحبُس مشتركا بين المحبَّس عليهم جميعا من غير تمييز فيه، فأمّا إذا كان متميزا كما هنا بأن يكون لواحد ثلثه ولآخر ثلثه فلا إشكال في عدم استحقاق من بقي نصيبَ من مات ولا وجه له، لأن أهل الثلث ليسوا من أهل الحبس أصلا بالنسبة للثلثين، وكذا أهل الثلثين ليسوا من أهله أيضا بالنسبة للثلث الآخر فلا حق لأحد الفريقين في حصة الآخر بوجه. وقد ذكر الحطّاب في تأليفه في الحبس كلام المختصر المذكور ونقل عن الشيوخ أنهم احتجوا به ونصه : إذا قال الواقف : هو حبُس على زيد ثم مِن بعدِه على أولاده بكر وعمرو وخالد، ثم من بعدهم على أولادهم ما تناسلوا والطبقة العليا تحجب السفلى، فمات زيد ثم مات أحد الأولاد الثلاثة وهو بكر عن الاولاد فهل يصير نصيبه لاولاده أو لبقية طبقته أوهما : أخواه عمرو وخالد، فأفتى فيه الوالد رحمه الله وسيدي الشيخ العلامة مفتي الديار المصرية ناصر الدين اللقاني المالكي رحمه الله بأن نصيب بكر المتوفى يرجع لأولاده

دون أخويه معتمدين في ذلك على كلام ابن رشد في أجوبته. ولنذكر كلام الجميع لما في ذلك من الفوائد فصورة ما سئل عنه الشيخ ناصر الدين : رجل وقف شيئا على أولاده وأولاد أولادهم ثم على أولاد أولاده أبدا ما تناسلوا والطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى، ثم مات أحد أولاده وخلف أولادا، فهل يصير حظه لأولاده أو لبقية إخوته، فأجاب : يصير نصيب الميت لأولاده لا لبقية طبقة أهل الميت عملا بقولهم فيمن حبَّس على زيد وعمرو ثم على الفقراء، فمات أحدهما فحصته للفقراء لا للباقي منهما إلى أن قال : وصورة ما سئل عنه الوالد رحمه الله : امرأة وقفت دارها على ولدها عمرو وعلى ذريته من بعده ثم على أولاد أولاده أبدا ما تناسلوا، والطبقة العليا تحجب السفلى، فتوفيت الواقفة وتسلم الوقف لولدها عمرو، ثم مات عن ذكر وثلاث بنات، ثم توفي من البنات اثنتان كل واحدة عن أولاد، فهل لأولادهما حصة مع وجود خالهم وخالتهم أم لا ؟ فأجاب : لأولاد كل ميتة حصة والدتهم وليس لخالهم ولا لخالتهم في ذلك شيء، قف على تمامه والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عَمّنْ حبَّس جميع دار سكناه على بنيه وعقبهم في صحته وحوزها لهم، وإستثنى محلا لسكناه فيه الى أن يموت فيلحق بالحبس، فلما مات قوم المحل الذي استثناه لسكناه فوجد أكثر من ثلث الدار المحبَّسة، فهل التحبيس صحيح أم لا ؟

فأجبت : الحمد لله، حيث كان المحل الذي استثناه المحبس لسكناه من الدار المحبَّسة أكثر من ثلثها واستمر ساكنا به الى موته كان تحبيسها باطلا بأجمعها، وذلك أن تبرُّع الولي على محجوره إذا بقي بعضه بيده الى حصول المانع، إن كان الثلث فأقل صح جميعه؛ ما حيز وما لم يحز منه، وإن زاد على الثلث بطل كله كذلك على المعمول به. قال الفشتالي في وثائقه : وقولنا بتة بَتْلَةٌ صحيح، وهو احتراز من أن يبقي لنفسه فيها انتفاعا أو استثنى غلة الحائط مدَّة، أما إذا استثنى بيتا يسكن فيه مدَّة معلومة أو بقية عمره، فإذا مات لحق بالصدقة جاز، وتعقد في ذلك على ما تقدَّم، فإذا فرغت من حدود الدار قلت: عدا البيت القبلي

أو الغربي فإنه استثناه لسكنى نفسه مدَّة من كذا أو حياته، فإذا انقضت المدَّة أو توفي المتصدِّق لحق هذا البيت بالصدقة وجرى مجراها ثم تكمل العقد، فإذا كان المستثنى من الدار الثلث جاز وإلا بطلت. (هـ). ونحوه قول ابن سلمون أيضا : وإن استثنى بيتا من الدار لسكناه خاصة، فإذا مات ألحق بالصدقة وهو في القيمة أقل من ثلث الدار جاز ذلك. الخ... وقال في الدُّر النثير : سئل أبو الحسن رضي الله عنه عن رجل حبَّس على بنيه الذكور وبنيهم جميع ما يملك من أرض وجنات ودور، واستثنى أنه يسكن حيث شاء من دوره، هل يصح أو لا ؟ فأجاب : إن كان الموضع الذي سكنه ومات فيه تافها بالنظر الى باقي الأحباس صح الجميع. (هـ). وقال سيدي عمر الفاسي نقلا عن المتيطية : فإن أبقى المحبس ذلك لنفسه (أي حبس الأرض والشجر) وأبقى الزرع والثمر لنفسه ولم يحبسه مع الأصل ومات المحبس قبل أن يحصد الزرع أو تجز الثمرة والحبس على صغار ولده بطل الحبس، ورجع ميراثا إذا كان الزرع والثمرة في أكثر الحباسة الخ..، وقال في التوضيح نقلا عن المتيطية : إن سكن ثلث الحبس أو أقل، نفذ الحبس فيما سكن وفيما لم يسكن، وإن كان أكثر لم ينفذ من الحبس شيء، وردَّ جميعه ميراثا، هذا مذهب المدوَّنة وبه الحكم. (هـ). ونقله الرهوني في حواشيه وقال : أغفلوا كلهم ما في العتبية في آخر سماع عبد الملك من ابن القاسم ونصه : وسألته عمن تصدَّق على ولده بصدقة ولم يزل ساكنا في ناحية منها حتى مات، ما حد الذي اذا سكنه الأب لم يكن للولد فيه صدقة. فقال : إذا سكن الثلث فأدنى فالصدقة ماضية، وإذا سكن أكثر من الثلث فلا صدقة. قال القاضي رضي الله عنه : هذا مذهب مالك رحمه الله. الخ... قال الرهوني بعد نقله ما نقله في التوضيح عن المتيطية : نحوه في المعين في الدُّور المتعددة، والحكم واحد، ونحوه في المفيد، لكن لم ينسب للمدوَّنة شيئا، ونصه : إن كانت الصدقة على من في حجره بدُور، لها عدد، مجتمعة أو متفرقة، فسكن دارا واحدة منها، وقيمتها ثلث جميع الصدقة فأقل جازت الصدقة فيما سكن وفيما لم يسكن، وإن كانت أكثر من الثلث لم يجز من الصدقة شيء ورجع جميعها ميراثا عن المتصدق، هذا مذهب ابن القاسم وبه الحكم عند الشيوخ. (هـ). ونص الشيخ التّاودي ممزوجا بكلام التحفة : ويجب

في الصناعة التوثيقية إذا حبس شجرا فيها ثمارا أو أرضا فيها زرع النص على الثمار والزرع حيث الحبس من الأب للصغار من بنيه، لأنه إذا أبقى الثمار أو الزرع لنفسه ولم يحبسهما مع الأصل ومات قبل أن يحصد الزرع أو يجز الثمرة والحبس على الصغار، بطل الحبس ورجع ميراثا إذا كان الزرع والثمرة في أكثر الحباسة، لأنه قد شغل الحباسة بزرعه وثمرته، فلم تتم الحيازة فيها، ولو حبسهما مع الأصل أوألحقهما به لصحت الحيازة، قاله المتيطي، ومفهوم قوله في أكثر الحباسة لو كان في أقلها كالثلث فدون نفذت الصدقة في جميع الأملاك، إذ يجوز للمتصدق استثناء قدر الثلث من المساكن في الدار ومن الغلة فيما له غلة، ثم يلحق بعد موته بالصدقة، ودور الثلث أبين، قاله ابن وهب. (هـ) من المعين. وفي الوثائق المجموعة ما نصه : وثيقة حبس في دار واستثناء المحبس لبيت منها يسكنه حياته، وأورد الوثيقة ثم ذكر ما حاصله : إنه إذا حبس الدار واستثنى سكنى بيت حياته، وقيمة البيت الثلث من الدار فأقل، ورأى الشهود الدار خالية قد انتقل منها بجميع ثقله الى البيت الذي استثنى، صح الحبس كله، فإن كان المستثنى أكثر من الثلث بطل الحبس، فإن كان حبس ما عدا البيت وشرط أن يلحق بالحباسة بعد موته جاز ذلك إذا لم يكن على وارث واحتمل ذلك ثلثه، فإن كان على وارث لم يجز حتى يجيزه الورثة وهو فيها كالوصية. (هـ). قاله وقيده المهدي لطف الله به.

تنبيه : هذا كله في المحجور، وأما لو حبَّس الأب دار سكناه لكبار ولده فلا يسقط إلا ما سكنه فقط، ويصح ما حازه الولد، كان كثيرا أو يسيرا، والهبة مثل الوقف. (هـ).

وسئل العلامة سيدي عبد الرحمن الحائك عمَّن مُنح بقرة فزعم موتها فكلفه قاض بإثبات موتها، ورد عليه بعض المفتين بقول المتن «وهو أمين فلا ضمان» الخ...

فأجاب : إنه صحيح معنى لا دليلا، فانه كما لابن عبد السلام فيمن ملك منفعة بعوض، وهنا دونها شبيهة بالعواري، ومعها ذكرها في التبيين، وقرنها ابن سلمون بالإخدام الذي قرنه ابن عرفة بالعارية، وتردد الرصّاع في شمول العارية له

ودلالة المقارنة ضعيفة، ولم يتنزل لضمان وكذا كل من ذكرها، ووقفنا عليه كابن سلمون والجزيري والقوانين، وبالجملة فلا ضمان على هذا الممنوح كما لا ضمان على المعار في مثل ما هنا إلا بما تُضمن به الأمانات كالتعدي والتضييع كما لابن عبد البر، ونحوه لغيره. وقال المقري : قاعدة : القابض بإذن من له الإذن شرعا لحق نفسه، ضامن إلا في عارية ما لا يغاب عليه وما عرف هلاكه على مشهور مذهب مالك ولحق غيره أمين ولحق نفسه وغيره إن قويت شائبة الأمانة كاللقطة والقراض والاجارة فأمين إلا حامل الطعام للتهمة، وإن قويت الشائبة الأخرى فضامن كالرهن فإنه عند المالكية كالعارية وإلا فقولان. (هـ). ففي المنحة أخذها لحق نفسه، فإذا لم تدخل في العارية كان ضامنا إلا أن يقال : جرى العرف أن الرعاية على الممنوح، وإن كان ابن سلمون نص على أنها على رب المنحة فيكون قبضها لحق نفسه وغيره. وأما الشريك ذو الحرث فهو ذو الشائبتين. ونزلت فأفتى فيها بعدم الضمان قياسا على العارية، وفي القياس نظر، وإنما هو كما ذكرنا من وادي ما غلبت فيه شائبة الأمانة كالقراض، وقد اختلف في كونهما شريكين أو أجيرين والله الموفق. (هـ).

وسئلت عمن أعمر محلا بداره لولد أخيه مدَّة حياته ومات عن أولاد، فأراد واحد منهم أن يشتري منه تلك العمرى. الخ...

فأجبت بأنه يجوز شراؤها، لقول ابن سلمون : وله بيعها من المعمِر أو ورثته بالدَّنانير وبالعروض نقدا أو إلى أجل، وقيل : لا يجوز إلا بالنقد. قال ابن رشد : وبيعها أيضا بسكنى دار له أخرى جائز سنين معلومة على قول سحنون، وطولّ حياته على قول ابن القاسم. (هـ) ونظمه في التحفة فقال :

وبيعهـا مُسَوغ للمُعْمَـــرِ من معمِر أو وارث للمُعْمِر

قال الشيخ التّاودي في الشرح : فيجوز له أن يبيع ما يملكه من المنفعة مدَّة حياته وإن كانت مجهولة، وأحرى المعلومة بالنقد وبالنسيئة وبالعين وبالطعام وبالعرض لأنها من باب المعروف، ومستثناة من كراهة العود في الصدقة. (هـ). وقال أبو علي في الحاشية : صاحب المختصر لم يتكلم على جواز بيعها، ولكن رأيت أن العمرى

كالعَرية، وقد قال فيها في المختصر : ورخص لمُعْرٍ أو قائم مقامه اشتراء ثمره. الخ... والشراء فيها أقرب للجواز لأنها إنما فيها الجهل، والعرية فيها أمور تقتضي المنع كما لا يخفى الخ... والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به. وبحث في هذا الجواب بما نصه : إن المعْمَر بالفتح له بيع العمرى من المعْمِر أو ورثته وإن كانت لمدَّة حياة المعمَرِ وهي مجهولة، لكن هذا إذا اجتمع الورثة على شرائها من المعمَر، وأما إذا أراد واحد منهم شراءها كما في هذه النازلة فإنما يجوز له شراء قدر ميراثه منها لا أكثر. قال في معين الحكام : يجوز للمعْمِر أو ورثته (أي كلهم) أن يبتاعوا من المعمَر بالفتح ما أعمر له وإن كان حياة المعمَر لأنها من المعروف إلا أن تكون معقبة فيمنع، ولكل واحد من ورثة المعْمِر بالكسر أن يشتري قدر ميراثه منها لا أكثر. (هـ). نقله الزرقاني عند قول المختصر : «وكره تملك صدقة بغير ميراث» وسلمه محشوه، وكذا نقله أبو علي في الشرح والحاشية. قاله وكتبه محمد بن رشيد العراقي. الخ... (هـ) باختصار. وانظره، فإن الذي عندَ غير واحد ممن تكلم على المسألة هو عدم التفصيل المذكور. قال في المقصد المحمود : ويجوز للمعْمِر شراء عمْراه قياسا على العرية، ولا يجوز ذلك لغيره، وللمُعْمَر كراؤها سنة أو سنتين لا غير، وقيل : لأربعة أعوام كالأحباس، ولو كانت لمدَّة محصورة لجاز كراؤها اليها، ويجوز لورثة المعْمِر شراؤها من المعمَر كما كان ذلك لأبيهم. (هـ). وتقدم مثله في كلام ابن سلمون وابن عاصم. وقال شارح المغارسة أيضا : يجوز للمعْمِر أن يبتاع ما أعمَره بشيء يدفعه اليه وترجع اليه داره وتسقط العمرى، وكذا يجوز لورثته ابتياعها أيضا على ما تقدم، ولا يجوز ذلك في حق غيرهم، لأن ذلك من فعل المعروف. قاله في المتيطية. وكأنَّ هذا عندهم كاشتراء العرية بخرصها، وكاشتراء المنحة على حسب ما تقدم الخ... ونظمه في التحفة كما تقدم، وشرحه ولده بجواز الشراء للمعمِر ولورثته من غير تفصيل، وتبعه اليزناسني وميّارة وسيدي عمر الفاسي والشيخ التّاودي والتسولي، وبعيدٌ في العادة جدا أن يكون التفصيل هو المعتمد ويتواطأوا على تركه، ويدل على العموم أيضا تصريحهم بأن شراء العمرى مقيس على شراء العرية ولم يذكروا فيها تفصيلا، ويدل عليه أيضا ما نقله أبو علي في شرحه عن المتيطي في وجه شرائها

ونصه : لأن غرضه استخلاص الرقبة كما أرخص في شراء العرية بخرصها الخ... ولا شك أن استخلاص الرقبة حاصل، سواء اشتروها كلهم أو بعضهم، والله أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن امرأة لها حظ في دار أعمرته لامرأة أخرى ولأولادها، فادَّعى الشريك أن العمْرى صورة فقط، وإنما أكرته لها بالثمن وفعلت العمرى ظاهرا لتقطع شفعته، وأقام بيِّنة باللفيف أنها أكرتها الحظّ المذكور. الخ...

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت بالبيِّنة أن الإسكان في الحظ المذكور كان على وجه الكراء، فلا عبرة بالعمْرى لأنها حيلة لإسقاط الشفعة فقط. وقد نص العلماء على وجوب الشفعة فيما إذا قامت القرائن في التبرعات أنها بيع، والكراء منه لأنه بيع المنافع فأحرى مع ثبوته بالبيِّنة كما هنا. قال عياض في ترجمة ابن المكوي من مداركه ما نصه : وقعت مسألة ببلدنا سبتة وهي إذ ذاك من عمل صاحب الأندلس، وهي أن الفقيه يحيى بن تمام من أهلها اشترى حصة من حمّام فيه شرك، وأشهد البائع لأبي تمام في الظاهر أنه تصدق به عليه ليقطع شفعة الشريك، فقام الشريك بشفعته، فأفتى فقهاء سبتة بعدم الشفعة، إذ لا شفعة في الصدقة. فقال الشفيع للقاضي : لا أرضى إلا بفتوى أهل الحضرة (أي غرناطة)، فرفع اليهم السؤال وبدأ بأبي عمر بن المكوي، فأجاب : هذه حيلة من حيل الفجّار، وأرى الشفعة واجبة، فلما رأى ابن تمام جوابه قال : هذا عُقاب لا يطار تحت جناحيه، والحق خير ما قيل : هاتِ المالَ وخذ حمّامك. (هـ). قال ميّارة : وما أجاب به ابن المكوي هو الظاهر أو المتعين، لا سيما حيث تحف بذلك قرائن العِوض ويبعد فيه التبرُّع وهو غالب صور هذه المسألة. (هـ). ونظمه في الزقاقية والعمل الفاسي، والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

نـوازل الاقْضِيـــة

قال ابن خحجوا : من البدع المحرَّمة أخذ القاضي أجرة على وضع علامته في الرسم، ومن فعل ذلك من القضاة لا تجوز إمامته ولا شهادته حتى يتوب من ذلك. (هـ). أنظر حاشيتي على التحفة أول فصل خطاب القضاة.

سئل بعضهم عن رجل بينه وبين القاضي عداوة، هل يجوز حكم ذلك القاضي عليه ؟ وهل ينفذ بعد الوقوع أم يفسخ ويُرد ؟

فأجاب : إن كان الأمر كما ذكر فلا يجوز للقاضي أن يحكم على عدوه، وإن حكم عليه فينقض حكمه ويفسخ، وهذا معلوم من المذهب. خليل :"ونقض وبين السبب مطلقاً" الى قوله : "وحكم على عدو أو بشهادة كافر" بهْرام : ولا إشكال في نقض الحكم على عدوه، ابن الحاجب : ولا يحكم عدو على عدوه، التوضيح : وهذا متفق عليه. (هـ). وفي نقل الإمام ابن عرفة ما نصه : وقول ابن شاس : لا يقضي القاضي على عدوه ويحيل على غيره. قال ابن المواز : إذا حكم القاضي فأقام المحكوم عليه بيِّنة أن القاضي عدو له فلا يجوز قضاؤه عليه. (هـ). وقد نص عليه سحنون في أقضية العتبية، والله أعلم. (هـ). من نوازل الزياتي، ومنها :

سئل (أي القوري) : هل يجوز لقاض أخذ شيء على علامته وخطابه بثبوت رسم عنده إن لم يكن مرتزقا من حيث يجب، إلا أنه لم يكره على القضاء أم لا، وكذلك المفتي المسؤول عن كتب الجواب، هل يجوز له أن يقبل ما يعطى له عن كتبها في الكاغد إذا كان متطوعا بذلك لا متعينا عليه ولا مقدما له، أم لا ؟ وكيف إن اشترط شيئا الخ...؟

فأجاب : أما القاضي فكل ما يأخذه على ما ذكرتم وشبهه سحت حرام لا يحل له أخذه بوجه من الوجوه. وأما المفتي غير المعين ففي أخذه على الفتوى أجرا خلاف، الأولى له أن لا يأخذ. نعم إن أخذ على كتب السؤال القدر الذي

يأخذه غيره لو تولى الكتابة لا أزْيَد جاز، والله أعلم. وكتب محمد القوري لطف الله به. (هـ).

قلت : وأما أخذ الشاهد أجرة على كتابتها، فقال ابن سلمون: هي حلال لمن أخذها عند أهل العلم. وقال ابن حبيب : والتنزه عنها أفضل. (هـ). ابن عرفة : وفي جواز أخذ العوض على التحمل خلاف، واستمر عمل الناس اليوم وقبْله بافريقية وغيرها على أخذ الأجرة على تحملها بالكتب ممن انتصب لها. ابن المناصف : الأولى لمن قدر واستغنى ترك الأخذ، وعلى الأخذ تكون الأجرة معلومة مسمَّاة، وتجوز بما اتفقا عليه من قليل أو كثير، ما لم يكن المكتوب له مضطرا للكاتب، إما لقصْر القاضي الكَتْبَ عليه لِاختصاصه بموجب ذلك، وإما لأنه لم يجد بذلك الموضع غيره، فيجب على الكاتب أن لا يطلب فوق ما يستحق، فإن فعل فهو جرحة، وإن لم يسميا شيئا ففيه نظر، وهو عمل الناس اليوم، وهو عندي محمل هبة الثواب، فإن أعطاه أجرة المثل لزمه وإلا كان مخيرا في قبول ما أعطاه وتمسكه بما كتب له، إلا أن يتعلق بذلك حق للمكتوب له فيكون فوتا ويجبران على أجرة المثل. (هـ).

وأجبت بمراكش عن مسألة بما نصه : الحمد لله، حيث رفع قاضي ردانة الخصمين الى قاضي حضرة مراكش ورضيا بذلك والتزماه فهو لازم لهما، ويجبر عليه من أباه منهما لأن رفع القاضي المذكور لهما إن كان لِإشكال الحكم عليه فصحيح. قال ابن عبد السلام بعد كلام في المسألة ما نصه : والأقرب إن كان هناك قاض غيره صرفهما اليه لاحتمال أن لا يشكل عليه. (هـ). وإن كان لخوف لحوق ضرر له من جهتهما فصحيح أيضا. ففي نوازل الأقضية من المعيار عن العقباني ما نصه : وللقاضي أن يمتنع من الحكم إن ظهر له دخول ضرر عليه إن هو حكم ولا حرج عليه إن شاء الله تعالى. (هـ). هذا لفظه، نقله أبو علي، وإن لم يكن واحد من الأمرين فكذلك أيضا، لأن الحق له في الحكم بين هذين الخصمين وغيرهما فله أن ينيب عنه فيه من شاء، على أن رضى الخصمين بالحكومة عند قاضي مراكش والتزامهما الخصومة عنده وقدومهما من بلدهما اليه هو تحكيم منهما

لقاضيها، والراجح في التحكيم أنه لازم للخصمين الى انقضاء الحكم بينهما، ولا يجوز لهما الرجوع عنه قبل الانقضاء، وإن كان صاحب المختصر حكى قولين في ذلك فقال : وفي دوام الرضى في التحكيم للحكم قولان، لكن قال المحشي بناني عن ابن مرزوق : الظاهر من النقل في مسألة دوام الرضى رجحان عدم اشتراطه. (هـ).

قلت : وهو الذي رجحه ابن يونس الخ... قف عليه ولا بد، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

ومن جواب للقاضي سيدي عبد الواحد بوعنان ما نصه : إن القاضي الذي ترافعا اليه ثانيا بعد إشراف الأول على الحكم لا يستأنف الأمر من أوله، وإنما يتمه من حيث وقف الأول إن كان الأول عدلا، ولا تحمل أحكام الأول إلا على السلامة والصواب، والشاهد إذا أدَّى شهادته عند القاضي بما في علمه ثم طولب. بأدائها مرة أخرى فلا يلزمه ذلك، لأن الأداء إنما يكون مرة واحدة، وإتيان الخصم للشاهد بقصد هذا المعنى فيه إذلال ومحاولة على رجوعه عن تلك الشهادة، وذلك من حيل الفجّار، على أنهم نصوا أنه لا يقبل من الشاهد الرجوع عن الشهادة إلا إذا رجع عنها صراحة عند القاضي الذي أداها عنده أولا، كما في ابن سلمون، والعمل بفاس قديما وحديثا أن الشاهد إذا طولب بالأداء لدى القاضي لا يذهب لذلك إلا برسم شهادته بيده وهو يقول : هذا خطي وهذه شهادتي، فإن لم يحضر الرسم فلا، ويمنع الخصم من مراده، والصلح إذا وقع بين المتخاصمين لا ينقض ولا يحل لأحد أن يتسبب في نقضه وحله، لأن فيه الرجوع من معلوم الى مجهول، وفيه الرجوع للخصام الذي كرهه الإمام لذوي الهيئات وغيرهم، ونصوص هذا الفقه متيسرة، والله أعلم.

فرع : قال الزرقاني على قول المختصر : وإن تنازع قادرون فبينهم ما نصه : وإنما جعل بينهم قطعا للنزاع، قال المصنف، ثم قال : وأخذ من تعليل المصنف هذا، مسألة وهي : لو تكررت شكوى شخص بآخر فإن للمشكو أن يرفع الشاكي للحاكم ويقول : إن كان عندي شيء فيدعي به، فإن أبى من ذلك

حكم عليه بأنه لا حق له بعد ذلك وليس عليه شكوى قطعا للنزاع، وقد حكم بهذا البدر القرافي والبرموني وقالا : هي مشهورة في المحاكم بمسألة قطع النزاع المختصة بالمالكية. (هـ).

ووقع الجواب عن شخصين تعاقدا على أن من لم يأت منهما بموجبه لغد تاريخه فلا مقال له في الدّعوى المتنازع فيها بما نصه : الحمد لله، قول الخصمين أعلاه وإن تخلف أحد منهما بموجبه عن الآخر فلا مقال له لا يلزمهما، ولمن تخلف أن يدلي بدعواه وتسمع منه. قال الحطّاب في التزماته بعد أن ذكر مسألة الخصمين يشترط أحدهما لصاحبه إن لم يوافه عند القاضي الى أجل كذا فدعواه باطلة، إن هذا الشرط لا يوجب حقا لم يجب ولا يسقط حقا، ومثل ذلك ما يقوله الناس اليوم : من لم يحضر مجلس القاضي وقت كذا فالحق عليه، فإن ذلك لا يلزم من التزمه ما نصه : ومثل ذلك قول أحد الخصمين : إن لم ات بالبيِّنة أو بمستندي في وقت كذا فدعواي باطلة أو دعوى خصمه حق، فهذا كله لا يلزم ولا أعلم فيه خلافا. (هـ) والله أعلم. وكتب عبد الكريم بن علي اليازغي خار الله له. (هـ).

ووقع الجواب أيضا عن المحكوم عليه إذا طلب من القاضي تسجيل الحكم وأخذ نسخة منه، هل يقضى له بذلك أم لا بما نصه : الحمد لله، المحكوم عليه إذا طلب نسخة من الحكم فإنه يجاب إلى ما طَلَب ويُقضَى له بذلك، نص عليه غير واحد، وذكره في المعيار مرارا متعددة، وهو الذي حرره شيخ شيوخنا أبو علي. ولو كان الحاكم موسوما بالعدالة لإمكان سهوه أو خطئه أو حكمه بما يعتقد أنه المشهور، وهو في نفس الأمر بخلافه فينقض ولا يرفع الخلاف. قال ابن عرفة : لا يعتبر من أحكام قضاة زماننا إلا ما لا يخالف المشهور ومذهب المدوَّنة. (هـ).وتذكر ما قاله في الوثائق المجموعة ونظمه في العاصمية بقوله :

وعندما ينفذ حكم وَطُلِبْ تسجيله فإنه أمر يَجِبْ

والله أعلم. وكتب عبد الكريم بن علي اليازغي خار الله له. (هـ).

الحمد لله، المسطر أعلاه صحيح، وقد كنا كتبنا في المسألة قبل هذا الزمان، ما وافق عليه من كان من الأعيان، وأذعن له قاضي القضاة الشيخ أبو القاسم العميري رحمه الله، فأنصف ومكّن الخصم من نسخة الحكم بعد أن كان امتنع من ذلك غاية الامتناع، والله الموفق. وكتب محمد التّاودي بن الطالب بن سودة تغمده الله برحمته. (هـ).

ووقع السؤال أيضا عمن طلب نسخة من شهادة عدلين بقصد البحث والاستفسار، وكذا نسخة من شهادة الأطبّاء المنتصبين للشهادة، هل يجاب لذلك أم لا ؟

والجواب أن الخصم إذا طلب من خصمه أن يعطيه الرسم الذي قام به عليه، كان شهوده عدولا أو لفيفا أو أطباء، لينسخه ثم يسأل العلماء عن نازلته أو يتأمل ما شهد به عليه، فإنه يجاب لذلك ويحكم له به. قال ابن الهندي : جرى العمل عندنا في هذا الوقت بإعطاء النسخ كلها صغيرها وكبيرها. (هـ). نقله المتيطي، وأغفله ابن عرفة مع سعة حفظه، والكمال لله، والله أعلم. وكتب محمد بدر الدين الحسني لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، ما رسم أعلاه من أن المعمول به إعطاء النسخ كلها كيف كانت، صحيح يدل لصحته واستمراره، ما قاله أبو علي في حواشي التحفة بعد ما نقل كلام المتيطي، ونصه : وكأن صاحب التحفة وشارحها وابن عرفة لم يقفوا على هذا... وكان العمل عندنا اليوم على ما قاله ابن الهندي، لأننا رأينا أشياخنا الذين تولوا القضاء لا يفصلون تفصيل صاحب التحفة في هذا، وهذا أسلم، لا سيما من لم يخالط الأمور الشرعية ولا ضرر على المعطي للنسخ في هذا، ومن تولى القضاء بان له أن هذا أولى، فافهم. (هـ). ونقله أيضا أبو حفص الفاسي وابن سودة في شرحه للزقاقية عن التبصرة، وعليه، فقول التحفة : "وكل ما افتقر للتأمل الخ..، يحمل على عمومه، فيتناول المقال وغيره مما يستظهر به المدَّعي من البينات. وفي اللامية : واحكم لخصم برسم الاستنساخ، والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته.

وسئلت عمَّن بيده أرض محوزة مدَّة طويلة فمات وبقيت لأولاده كذلك، فقام عليه بعض الناس برسم الصدقة بهذه الأرض من امرأة، فعورض بحوز الأرض على عينه المدَّة الطويلة وهو حاضر ساكت بلا مانع، فادَّعى أن رسم الصدقة كان ضائعا حتى وجده الآن، فوقعت الفتوى بأن رسم الصدقة لا ينتزع به من يد الحائز بمنزلة رسم الشراء، فأخذ المتصدَّق عليه نسخة من هذه الفتوى بقصد البحث، فأجله القاضي في حلها أجلا منصرما فلم يأت بحجة صحيحة، فحكم القاضي عليه بإبطال دعواه وبتعجيزه، وأنه لا يسمع منه دعوى يأتي بها في المستقبل. الخ...

فأجبت : الحمد لله، ما استظهر به هذا القائم من رسم الصدقة لا عبرة به ولا يفيده شيئا، بل هو والعدم سواء، وما حكم به القاضي من إبطاله وتعجيز صاحبه في غاية الصحة والحسن. ففي نوازل العلامة الأفضل القاضي الأعدل سيدي العربي بردلة أنه سئل عن أخوين شقيقين ملكا أرضا بالشراء واشتركا فيها على الشياع، وكانا نازلين فيها يتصرفان فيها بأنواع التصرفات نحو خمسة عشر عاما، وكان شراؤهما لها من مالكها نحو أربعين عاما، ثم قام رجل على أحد الأخوين مدَّعيا أن الأرض المذكورة وُهبت له من غير بائعها، وذلك نحو عام، فأظهر رسم الهبة المذكورة، فحكم القاضي الذي ترافعا اليه على المدعى عليهما الحائزين للأرض المذكورة بأن يأتيا برسوم الأرض المذكورة، وضرب لهما أجلا لإحضارها، مبلغهُ شهر ونصف وجعله منصرما الخ...

فأجاب : الحمد لله، رسم الهبة الذي قام به المدَّعي لا يثبت ملكا للواهب ولا للموهوب له لما هو محوز بيد الغير حتى يحتاج الى مطالبة الحائز برسوم أو غيرها، لا سيما والهبة غير محوزة بعدُ، وكيف تحاز والموهوب في يد الغير، فإن كانت النازلة صورتها على ما حكى في السؤال وأمضى الحكم على الحائز بمجرد رسم الهبة المذكورة على الوجه المذكور فهو إما من الجهالات العظيمة أو من الجور الفاحش، والله أعلم. وكتب العربي بن أحمد بردلة كان الله له. (هـ). وما وقع به الافتاء تحت حكم القاضي المذكور من أن المعجَّز لا تقبل دعواه صحيح.

ففى الدرر المكنونة للمازني ما نصه:

سئل العقباني عن رجل شهد عليه أنه حرم زوجته ورفع أمره إلى القاضي فأجله أجلا بعد أجل ولم يأت بحجة، ثم عجزه القاضي، وبعد التعجيز وجد من يشهد له بأن التحريم ما وقع إلا كرهاً، فهل تنفعه البيِّنة أم لا ؟

فأجاب : هذه المسألة وهي من يجد بيِّنة لم يكن بها علم بعد عجزه عند الحاكم وتعجيزه إياه، هل تسمع منه، فيها خلاف، فظاهر المدونَّة تسمع، والذي عليه العمل أنها لا تسمع إلا في المحال التي لا يكون فيها التعجيز وليس هذا منها. (هـ) وقال ابن علي في حاشية التحفة : التعجيز هو جعل القاضي الخصم عاجزا بعد الإعذار اليه، ولا يقبل منه بعد ذلك ما أتى به ولو لوجه على ما به العمل إلا في الحبس وما ذكر معه. (هـ) والله أعلم. وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت أيضا عن حكم قاض بين رجلين تنازعا في أرض بيد أحدهما مدَّة تزيد على أمد الحيازة، فاستظهر الآخر عليه برسم الصدقة عليه بتلك الأرض مستوفيا للشروط من الحوز والمعاينة وغير ذلك بأن تبقى الأرض بيد حائزها قائلا في حكمه : إذ غاية ما تشبَّت به هذا القائم هو وجود رسم الصدقة والاعتذار عن القيام به حتى مضت تلك المدة، مع أن رسم الصدقة لو حضر وقيم به بالفور لا تتم به معارضة هذا الحائز الخ... ثم ذهب هذا المحكوم عليه وأثبت ملكية المتصدقة عليه نحو العشرين سنة لتلك الأرض إلى أن انتقلت اليه بالصدقة المذكورة الخ...

فأجبت : الحمد لله، حكم القاضي المذكور مبني على عدم إثبات الملك للمتصدقة بالأرض، أما حيث ثبتت ملكيتها لها إلى أن انتقلت عنها بالصدقة للمتصدَّق عليه المذكور فلا إشكال في نقض الحكم المذكور، ويسأل هذا الحائز الآن من أين صار له ملك هذه االأرض، فإن قال: إنه صار اليه من جهة هذا القائم أو من المتصدقة قبل صدور الصدقة منها بشراء أو هبة أو نحو ذلك سمع دعواه وأجَّله في إثبات ما ادَّعاه، فإن اثبته أعذر للقائم فيه،فإن أبدى مطعنا، وإلا حكم عليه بإعطاء الأرض للقائم، وإن ادَّعى إنها صارت اليه من غير القائم،

كلفه إثبات المِلك لذلك الغير، فإن أثبته وتعارضت البينتان عنده صير إلى الترجيح، فإن تعذر سقطتا وبقيت الأرض بيد حائزها كما هو مشهور في الكتب المتداولة. وهذا لا يخفى على هذا القاضي، إذ هو ممن شابت ذوائبه في النوازل، ولكن لم يطلع على بيِّنة الملك للمتصدقة، إذ لو اطلع عليها لكلف هذا الحائز ببيان وجه ملكه للأرض قطعا، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي العمراني تاب الله عليه. (هـ).

وسئلت عمن ادَّعى على غيره بحق في دار وخربة متصلة بها وأنه ورث ذلك من أبيه فأجاب بالإنكار، فحكم عليه القاضي أن يشهد على نفسه أن المدَّعي إن استظهر بحجة على الحظ المذكور في الدار والخربة فقد سلَّمه أي بدون إعذار.

فأجبت : الحمد لله، إنما يكلف المطلوب بالإقرار والإنكار خاصة ولا يكلف بزائد عليهما. ففي ابن سلمون نقلا عن ابن رشد ما نصه : الذي مضى به العمل وأفتى به شيوخنا أن من ادَّعى عقارا بيد غيره زعم أنه صار إليه عمن ورثه منه أن المطلوب لا يسأل عن شيء حتى يثبت الطالب موت موروثه ووراثته له، فإذا أثبت ذلك وقف المطلوب حينئذ على الإقرار والإنكار خاصة الخ... وقال في التبصرة : إذا صرح بالإنكار فإن القاضي يقول للقائم: ألك بيِّنة الخ... ونحوه قول المختصر : «وإن أنكر قال : ألك بيِّنة الخ...، ودواوين الفقه مملوءة بهذا فلا حاجة للتطويل به والله أعلم. قاله المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن حكم قاضٍ نصه : حكم أيَّده الله بأن المتداعييْن إذا ادَّعى كل واحد منهما حوزه وملكه فيوقف الشيء المتنازع فيه ويكلف كل واحد منهما بإثبات دعواه، قاله الفشتالي في وثائقه حكما تاما أمضاه وألزم العمل بمقتضاه الخ...

فأجبت : الحمد لله، حكم القاضي أعلاه بتوقيف البلاد المتنازع عليها وبتكليف كل واحد من الخصمين بإثبات دعواه وقع من غير مراجعة لكلام

الفشتالي الذي حكم به، بدليل أنه لن يستوفه، فإنه زاد بعد ما نقله عنه بأسطر يسيرة ما نصه : ولو كانه لما قام هذا القائم، ادَّعى ذلك لأبيه أوجده أو لمن صار له ذلك من سببه بإرث أو شراء أو صدقة فلا بد من إثبات الوراثة. (هـ). وهذا الأخير هو صورة النازلة، لأن القائمين هنا نسبا المِلك لأبيهما، وعليه فلا وقف للبلاد حتى يثبتا موت أبيهما وعدد ورثته وملكيته لها إلى أن مات كما هو مقرر عند شروح الزقاقية لدى قولها :

ومن يدَّعي حقا لميْتٍ ليثبتَن له الموت والورَّاث بعدُ لتفْصِلا

قال الجزيري ما نصه : وإن ادَّعى القائم أن الملك الذي يدعيه موروث عن أبيه أو غيره، لم يرفع القاضي المدَّعى عليه، ولا يلزمه الجواب حتى يثبت الموت والإراثة إلى أن انتقلت إليه. (هـ). ومثله في النهاية. ونقله سيدي عمر الفاسي في شرح الزقاقية بعد أن نقل مثله في جواب لابن رشد، ثم قال : واعلَمْ أنَّ ما ذكره من أنه لا يوقف المطلوب على شيء حتى يثبت الطالب موت من يدَّعي أنه صار إليه بسببه وعدة ورثته، وإن مات أحد من ورثته كلف أيضا إثبات موته وعدة ورثته، هو ما ذكره أهل المذهب كابن سهل والمتيطي وابن رشد وابن فتوح وابن عتاب وغيرهم، ولا يختص ذلك بدعوى الملك (أي الأصل)، بل يعمها وغيرها. قال ابن سهل : وطريقته التي مضى بها العمل أن على كل من طلب حقا بسبب ميت أن يكلف اثبات موته وعدة ورثته، وإن كان موته مشهورا عند الحاكم وغيره. (هـ). فتبيَّن من هذا أن الصواب في النازلة هو ما أفتى به قاضي وزَّان أعلاه من أن المدَّعى عليه لا يلزمه أن يجيب المدَّعييْن عليه حتى يثبتا موت موروثهما الخ... فانظر إلى هذا القاضي كيف عدل عن مقتضى النصوص بلا موجب لذلك، فالله أعلم بمراده، لكن حيث بيَّن أنه حكم بكلام الفشتالي المذكور ظهر أن ما قاله سهو واضح، إذ محله حيث لم يدع القائم المِلك لأبيه أو جده كما ذكره بعد ذلك، والله أعلم بالصواب. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد بن الخضر الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن حكم قاض من الريف وصل لهذه الحضرة الادريسية ونصه :

وقف كاتبه أي القاضي على الأرض الحراثية التي هي بمحل كذا المتنازع فيها بين فلان وفلان، فأخرج الأول رسوم شرائها ممن اشتراها منه ورسوم من قبله مع إشهاد خصمه ومن حضر له بحوزه البلاد المذكورة، وأخرج الثاني نسخة من نسخة شرائه بكاتب واحد، والنسخة غير مسجلة، فظهر لكاتبه أن الأرض للأول، لتمسكه بأصلين من الشرع وهما: الحوز ورسوم الشراء بالعدول المعروفين، وأن لا شيء للثاني لفقده الحوز الذي عليه اعتماد المِلك، ولأن النسخة الغير المسجلة لا يحكم بها، فأولى النسخة من النسخة.

فأجبت : الحمد لله، الحكم أعلاه صواب، لأن كل من حاز شيئا وادَّعى ملكه له ولم يكن هناك ما يكذبه فهو له، ولا سيما إذا انضم للحوز رسم الشراء. فقد قال ابن رشد : الحيازة تدل على الملك كإرخاء الستر ومعرفة العفاص والوكاء وما أشبه ذلك، فيكون القول معها قولَ الحائز بيمينه. (هـ). وقال صاحب المعيار في نوازل المعاوضات ما نصه : الاستظهار برسوم الأشرية وأصولها لا تعارض الحوز، ولا تفيد المستظهر بها فائدة معتبرة في نظر الشرع إلا مع اتصال الحوز بها واليد الشاهدة لها، هذا كله على تقدير أن لو كان لصاحب النسخة شبهة مِلك، أما حيث لم تكن له شبهة سوى النسخة من النسخة الغير المسجلة بخط من لم تثبت عدالته، فدعواه ساقطة لأنها دعوى مجردة، فالحوز وحده كاف في إبطالها، وما حكم به القاضي من إلغاء النسخة الغير المسجلة صواب أيضا لأنها لا تفيد، ولا يحكم بها إلا إن كانت كذلك وتعذر الأصل. ففي نوازل الشريف العلمي نقلا عن القاضي سيدي العربي بردلة ما نصه : الرسم أعلاه الذي أبدوْه مُنحل الصَّنيع، واهي الأحكام، مما لا يعتد به أصلا عند أهل صناعة التوثيق، وكذلك عند غيرهم ممن له أدنى متافنة بالرسوم المعتد بها، وأحوال ما تصح به وما يشترط فى الاعتداد بها، وهي التي تكون على خط قاضي الوقت الحاضر وقت نسخها، فيضع خطه على الأصل المنتسخ منه بالصحة والقبول، ثم تكتب النسخة وتذيل أي النسخة بالتسجيل على ذلك القاضي الموجود، ويترك له محل العلامة في النسخة أبيض، ويتم التسجيل بصحة النسخة عنده أيضا الصحة التامة، فإذا لم تذيل

النسخة بالتسجيل فهي مجرد تقييد وزمام فقط لا رسم معتد به، وكذلك إذا سجلت ولم يضع القاضي علامته في التسجيل فلا اعتداد بها أصلا، وهذا معروف عند أهل التوثيق لا يتوقفون فيه، فكل رسم يطلب نسخه، وشهوده أموات، يتوقف على وضع القاضي خطه على المنتسخ منه أولا، وعلى النسخة التي تنسخ منه ثانيا، وكثيرا ما تنسخ النسخة بدون وضع خط القاضي في تسجيل النسخة، فتنبذ تلك النسخة ولا يظهرها أحد للاحتجاج بها أصلا، وهذا معروف عند الشهود، وكل من له ماسة بأحوال الخصام يقولون على البديهة: ليس عليها (أي النسخة) خط القاضي أي لا عبرة بها، وهذا الذي عليه العمل واستقر في أذهان كل من يباشر الرسوم هو الموافق لما يؤخذ من كلام الأئمة كالمتيطي وابن عبد السلام وابن عرفة وغيرهم، وهذه النسخة ليس فيها خط القاضي الموجود حالة نسخها فلا اعتداد بها من هذا الوجه. (هـ). وفي هذا كفاية لصحة الحكم المذكور. نعم بقي فيه أمر لا بد منه وهو أنه لا بد من ثبوت تلك الحكاية بالبيِّنة، وأن الأول هو الحائز ورسوم الشراء بيده.الخ... ولا يكفي قول القاضي ذلك مجردا عن البيِّنة على ما اختاره جمع من المتأخرين. قال أبو العباس الملوي نقلا عن بعضهم ما نصه : إن قضاة الوقت يحمل أمرهم على عدم إثبات الموجبات أي في البيع على المحجور مثلا، لأن قصارى أمر بيعهم أن يكون بمنزلة تصريح القاضي بأنه ثبت عندي ما يوجب البيع، وقد ذكروا أن القاضي لا يصدق في قوله: "ثبت عندي" على المعمول به، وإن كان في المتيطية ذكر أنه يصدَّق. لكن قال ابن الجلّاب وابن القصار : لا يصدق، ومال إليه المازري. وقال اللخمي : إنه الأشبه بقضاة الوقت. وقال النالي وابن خجو : إنه المعمول به. (هـ) والله أعلم. قاله وكتبه عبيد الله تعالى المهدي العمراني لطف الله به (هـ).

وسئل الشيخ الرهوني عن رجل مات وترك محجورين وأخذ من تركته ديون وصير فيها بعض الأملاك، وقال القاضي: ثبتت عندي تلك الديون بموجب الثبوت، وبعضها برسم منتسخ برسم التركة.

فأجاب : الحمد لله، المشهور في المذهب أن قول القاضي ثبت عندي

كذا وحكمت بكذا بعد الإعذار والتأجيل، كما يجب، مقبول كاف. وفي الجلاب وغيره خلافه، واختاره المحققون كالشيخ أبي الحسن اللخمي وغيره مع اعترافهم بأن المشهور خلافه، وعللوه بفساد الزمان وتغير أحوال القضاة في أزمنتهم، وجرت به الفتوى ممن بعد هذه الطبقة، ورأوا أن ما قاله اللخمي وغيره حق، وأنه في أزمنتهم أحرى من أزمنة اللخمي، ولم يزل من بعدهم من الشيوخ يرجحون ذلك، وقد بالغ في ترجيح ذلك الشيخ أبو علي بن رحال في الحاشية والشرح قائلا : إذا قال ذلك اللخمي في زمانه ومن بعده في أزمنتهم فكيف بزماننا، وإذا قال ذلك أبو علي في زمانه فكيف بهذا الوقت، وقد قال ﷺ : حسبما في أصح الصحيح : لا يأتي عليكم زمان إلا والذي بعده شر منه حتى تلقوا ربكم هذا وقد وُجد في هذه القضية بخصوصها ما يُوجب خللا في قول القاضي، ثبت ذلك كله عنده بموجب الثبوت، وهو ما في الرسم المنتسخ منه وهو رسم الديْن الذي وقع فيه التصيير، وذلك أنه لم يؤد من شاهديه إلا واحد، وأن الآخَر رفع على خطه عدل، فاكتفى في ثبوت خطه بواحد مبهم، لا يدري من هو، وكيف يتأتى الإعذار في ذلك الرافع المجهول، ولا خلاف في أن الخط لا يثبت بنحو هذا، فلا بد من استيناف النظر في هذه القضية، وينظر في سكوت المحجورين الى الآن، هل كان عن علم أو غيره، وعلى الأول فهل حجرهما متصل إلى وقت القيام أم لا ؟ ويجري كل على ما هو منصوص عليه عند الأئمة، والله أعلم. قاله وكتبه محمد بن أحمد الحاج. وفقه الله. (هـ).

قلت : الذي نص عليه غير واحد من المتأخرين أن الواحد كاف في الرفع على خط القاضي أو العدل الغائب أو الميت، ووجَّهوه بأنه من باب الخبر لا من باب الشهادة. وقول الشيخ الرهوني : فاكتفى في ثبوت خطه بواحد مبْهم، الخ... جوابه أَن هذا مبني على المشهور من الاكتفاء بقول القاضي : ثبت عندي، إذ لا فرق بين قوله : ثبت عندي بموجب الثبوت وبين قوله : رفع على خطه عدل لموته أو غيبته فقبل، تأمّله، والله أعلم. وانظر أيضا قول العلامة سيدي العربي بردلة : إذا لم تذيل النسخة بالتسجيل فهي مجرد تقييد وزمام، الخ... مع ما قيَّدته من كناش الفقيه النوازلي سيدي العربي الزرهوني ونصه :

وقع السؤال عن رسوم بخط عدلين أخذت منها نسخة بعد موت شهيديْها، فرفع على خطهما عند القاضي فخاطب على الأخير في النسخة بما نصه : شهد على خطهما لموتهما عدل فقبل الخ...، وسجل عليه بقبول الرسوم كلها.ولم يزد في الخطاب في الرسوم أعلاه مثلا هل يكفي ذلك، ويقضى بجميع الرسوم التي احتوت عليها النسخة مما هو بشهادة الشاهدين المرفوع على خطهما. الخ...

فأجبت من خط أربابه بما نصه : الحمد لله وحده، الرفع على خط الشاهد الذي مات أو غاب قبل أن يؤديها لدى القاضي أمر جرى به العمل، ويغني عن أداء الشاهد، فإذا كتب الشاهد شهادته ومات أو غاب قبل أن يؤديها لدى القاضي فللمشهود له أن يرفع على خط ذلك الشاهد كما يجب ويقضى بشهادته، هذا هو الذي تلقيناه من الشيوخ وشاهدنا به العمل. وقد ذكر صاحب المعيار أنه يعمل بالنسخة إذا ثبتت عدالة ناسخها ولو لم تكن مسجلة على ما أفتى به أبو الفضل سيدي قاسم العقباني، نقله عنه في نوازل القضاء، ونقله أيضا المازوني في درره،ونحوه أيضا نقله في المعيار عن بعض الشيوخ الموثقين بتلمسان،والله تعالى أعلم. وكتب عبد الكريم اليازغي خار الله له. (هـ).

الحمد لله، من تأمل النسخة المحتوية على الرسوم التي من جملتها رسم الوصية الفاها مؤسسة المبنى؛صحيحة اللفظ والمعنى؛ مستوفاة للشروط التي ذكرها أهل الأحكام في مصنفاتهم مبنية على الاصطلاح الذي ذكره أهل التوثيق في مؤلفاتهم، إذ شهادة العدلين الناسخين لها عند الحاكم بقبول رسومها المنصوصة القبول التام كاف في ثبوتها عنده واكتفائها لديه، إذ لا معنى لقبولها سوى ذلك، ويحمل على أنه ثبت ذلك لديه سبيل الاصطلاح المعروف المشهور المألوف، لا سيما والقاضي المشهود عليه بقبولها من أهل الضبط التام والاتقان للاحكام، فيجب إذا العمل بها والمصير اليها، ويقضى بصحة الوصية ونفوذها، وهذا حيث لم يكن وقع اعتراف من ينازع فيها، أما إذا اعترف بها أو أقر أنها صدرت من الموصي حسبما شهد عليه في غيره فلا إشكال في اعمال إقراره ومؤاخذته به كما قال في

المتن : «يؤاخذ المكلف بإقراره» وينضم لاعترافه شهادة من شهدَ عليه بأنه كان يتصرف فيما يجب لولده الذكر حيث يزاد له في غلة الأماكن الموصى بها على وجه الوصية المشار اليها، وشهادة من شهد أيضا بأنه انما كان نزاعه في التقديم وفيما زيد على ما عيَّنه الموصِي لجانب الوصية. ومما يؤيد صحة هذه الوصية أيضا ويقويها ويزيدها وضوحا شهادة السماع المستفيضة على لسان أهل العدل وغيرهم بالوصية، وأن القائمين إنما كان نزاعهم فيما سلف في تقويم ما أخرج للوصية لا فيها، فكيف يجمُل أن تسمع لهم فيها دعوى أو تقبل منهم بعد ذلك فتوى. وبالجملة من تأمل وأنصف وأذعن الى الحق ولم يتعَسَّف، علم ضرورة صحة هذه الوصية وصدورها من الموصي على وجهها مما ذكر ومن قرائن الأحوال، إذ قرائن الأحوال يعتمد الحاكم عليها ويرجع في أموره اليها كما لابن سهل وغيره، والمسألة واضحة البيان لا تفتقر الى دليل وبرهان.

وكيف يصح في الأذهان شيءٌ إذا احتاج النهار الى دليلِ

فلا يسع الحاكم إلا الحكم بصحَّة النسخة المشار إليها والعمل بما فيها. ففي جواب للعقباني ما نصه : إذا كان شاهد النسخة قوي العدالة والمعرفة والفطنة لما يقع في الأصل من بتر خفي أو زيادة مقحمة عمل على النسخة. (هـ). وفي نوازل العلمي ما نصه : نص المتأخرون من أئمة فاس أن النسخ يُعمل بها مع تعذر وجود الأصل بشرط، لا عمل على هذا الشرط ولا ذكر له أصلا، بمين المستظهر بها وإثبات عدالة ناسخها ومستغلها عدالة لا مطعن فيها ولا اعتراض عليها. (هـ) والله أعلم. وكتب أحمد بن سودة كان الله له. (هـ).

الحمد لله، صحيح ما قيِّد أعلاه، وكلام القاضيين الفشتالي والمكناسي بأنه جرى عمل القضاة بالرفع على خط كل شاهد مات أو غاب، لا يدل على بطلان الوصية من غير شك، وكتب علي بن أويس. (هـ). وبعده تصحيح القاضي سيدي محمد الهواري والعلامة القاضي سيدي سليمان الفشتالي. (هـ) بلفظه. وأجاب العلامة النوازلي سيدي العربي الزرهوني عن سؤال بما نصه : الحمد لله، حيث أُجل الخصمُ أعلاه أجلا جمع له فيه الآجال والتَّلوُّم، ولم يأت المؤجِّل

المذكور بما يسمع منه شرعا وسأل المدَّعي المذكور القاضيَ أن يعجِّز له خصمه المذكور ويقطع دعواه عنه، فإنه يجاب لما سأله من ذلك على الوجه في القضاء من الإعذار والتعجيز. ففي التبصرة : وإذا انقضت الآجال والتلوم واستوفيت الشروط ولم يأت الخصم المؤجَّل بشيء مما يوجب له النظر عجَّزه القاضي، وأنفذ القضاء عليه وسجَّل وقطع بذلك شغبه عن خصمه في ذلك المطلب، ثم لا يسمع منه بعد ذلك حجة إن وقع عليها ولا تقبل منه بيِّنة إن أتى بها، كان هذا المعجَّز طالبا أو مطلوبا. (هـ). والى مفاد هذا أشار في اللَّامية بقوله :

نعـم إن تَـمَّ ما قـد تأجَّـلا به الشخص مع عجز عن النفع عجزن

وفي مختصر خليل : وأعذر أيْ الحاكم بأبقيت لك حجَّة إلى أن قال : ويعجزه، فأفاد كلامه أن التعجيز بعد الإعذار، وهو كذلك، قال أبو علي في شرحه : والتعجيز واجب على الحاكم إن طلب الخصم ذلك كما رأيت ما يدل عليه، ولا فرق في ذلك بين طالب ومطلوب، ثم قال : والتعجيز إنما يكون بعد الإعذار ، والاعذار لا يكون إلا بعد استيفاء الشروط وتمام النظر، ولا يفيد في شيء ناقص. (هـ). اليزناسني : وصفة الإعذار أن يقول القاضي لمن توجه عليه الحكم:أبقيت لك حجة أو هل لك ما يحقق دعواك. (هـ). ابن فجلة : والمعوَّل عليه أن الإعذار واجب على القاضي لحق الله تعالى. (هـ). أبو علي،وقوله : أبقيت لك حجَّة هو المعذر به. ثم قال : وظاهره أن الإعذار واجب، وأن الحكم قبله باطل على الراجح. (هـ) والله أعلم. (هـ).

وسئلت عما يظهر من الجواب ونصه : الحمد لله، لا تجب اليمين على رب الحق المذكور حتى يحضر المدين المال أو يعطي حميلا به لا بالوجه أو يعطي رهنا فيه. وأما إشهاده بأنه ملي فغير مفيد شيئا،لأنه إذا ثبت عدمه بالبيِّنة الشرعية يسرح، لقوله تعالى : «وإن كان ذو عُسْرة فنظرة الى ميْسُرة»، وما حكم به القاضي أعلاه هو في التبصرة لابن فرحون، وتبعه الزقاق في لاميته فقال : ومن أبى يمينا لكون المال غاب. ولكن العمل على خلافه كما ذكره ابن ناجي في شرح الرسالة

ونقله عنه غير واحد، ونظمه في العمل المطلق،انظره. قال الونشريسي في كتابه عدَّة البروق صدْرَ كتاب الأقضية منه ما نصه : قلت : من هذا ما ذكره أبو حفص العطَّار رحمه الله في مسألة عبد الواحد مع امرأة توجَّهت لها عليه يمين، فأفتى بأنه لا يحلف حتى يحضر ما يحلف عليه، فأخذ بقوله وحكم به، وعليه استمر العمل ببلد افريقية الى لآن. (هـ). نقله الشدَّادي في حواشي ميارة وقال : أنظره مع ما للزقاق وصاحب التبصرة، والله ولي التوفيق. (هـ). وقال الشيخ أبو علي بن رحال في شرح المختصر : قال ابن فرحون : من وجبت عليه يمين فامتنع منها حتى يبرز الحق المطلوب فإنه لا يجاب، وإن خاف عدمه أشهد عليه أنه موسر وحلف، فإن ادَّعى العدم بعد ما أقر به على نفسه فإنه يسجن حتى يؤدي ولا تقبل منه بيِّنة العدم أصلا، وأصل هذا الأخير لابن رشد، ولكن قال الحطاب في التزاماته : إذا تبيَّن بقرائن الأحوال أنه معدم، وأنه كذب فيما ذكره أُطلق، إستظهر ذلك من عند نفسه وهو حق لا شك فيه، وانظر ما قاله ابن فرحون مع قول ابن الحاج : إذاادَّعى أنه قضاه وقال له: إحلف وأزن لك، فقال صاحب الحق : لا أحلف إلا أن يحضر الذهب، هل يتعيَّن إحضار الذهب وتكون اليمين على عينها أم لا،؟في ذلك نظر، هذا لفظه. وفي ابن ناجي على الرسالة : استمر العمل عندنا بتونس أنه لا يحلف حتى يحضر المال، وبعد أن نقل أبو الحسن الكلام المتقدم الذي قلنا هو لابن رشد ونسبه هو لابن الهندي قال : انظر على هذا قضاة البوادي يفعلون هذا وليس لأجل دعوى العدم لا يعلمونه، وإنما هو خوف الرد لضعف الأحكام،فيحتمل أن يؤخد له رهن أو حميل. (هـ) والله أعلم. وقيده المهدي كان الله له.

وسئلت أيضا عن رجل مات وترك زوجته حاملا فطلبت من القاضي أن يفرض لها ما تستعين به على حملها،ويكون هذا المفروض مما يرثه الحمل لا من جميع التركة، فأجابها لذلك وفرض لها.

فأجبت : الحمد لله، لا تستحق المرأة المفروضُ لها شيئا على حملها لا من التركة ولا من نصيب الحمل، وجميع ما سُطِّر في ذلك سهو واضح بلا شك ولا

ريب، ومخالفته للنصوص بأسرها ثابتة بلا تميّن. قال ابن سلمون : وأما المتوفى عنها إذا كانت حاملا فلا نفقة لها بوجه. (هـ). وإليه أشار صاحب التحفة بقوله : «وفي الوفاة تجب السكنى فقد». وقال ابن جُزي في القوانين : وأما المتوفى عنها فلها السكنى خاصة ولا نفقة لها، سواء كانت حاملا أو لا، لأن النفقة في مقابلة الاستمتاع، وقد انقطع بموته. (هـ). وقال القلشاني على قول الرسالة : ولا نفقة لكل معتدة، الخ...: ما نصه : معناه سواء كانت حاملا أو حائلا، صغيرة أو كبيرة، مدخولا بها أو لا، لأن النفقة في مقابلة الاستمتاع وقد انقطع بموته. (هـ). ومثل هذا في المختصر وشروحه، وكلام ابن جُزي في تفسيره لقوله تعالى :﴿وإن كن أولاتِ حمل فأنفقوا عليهنّ﴾ الآية، يفيد أن هذا متفق عليه، ونصه : وأما المتوفى عنها إذا كانت حاملا فلا نفقة لها عند مالك والجمهور، لأنهم رأوا أن هذه الآية إنما هي في المطلقات. وقال قوم : لها النفقة في التركة. (هـ). وقاعدته أن يشير بالجمهور للأئمة الأربعة. وبالجملة فالنصوص في النازلة كثيرة، وفيما سطرناه أعظم كفاية، والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه سبحانه المهدي كان الله له. (هـ).

وسئلت أيضا عن نظيرتها وإن لم تكن من هذا الباب بما نصه : جوابكم الشافي رضي الله عنكم عن رجل توفي وترك أمة من الرقيق له حاملا منه وطلبت النفقة عليها من جملة متروك سيدها المذكور بسبب الحمل، هل لها ذلك أم لا ؟ جوابا كافيا بالنص.

فأجبت : الحمد لله، قال الجزولي : أُنظر إذا تركها حاملا هل تعتق في الحال أو تنتظر حتى تضع، إذ قد ينفش الحمل؟ قولان : المشهور تعتق في الحال، وعليه اختلف في نفقتها، فقيل: في التركة وقيل على نفسها. (هـ). قال الحطاب بعد نقله : صرح ابن رشد بأن المشهور أنها حرة بتبيُّن الحمل، وأنها لا نفقة لها ولا سكنى، وكذلك أم الولد إذا مات سيدها وهي حامل فلا نفقة لها ولا سكنى على المشهور. (هـ) والله أعلم. وقيده المهدي كان الله له. (هـ).

وسئلت أيضا عمن ادَّعى على غيره في أروى في يده أنها له وأنه أعطاها للمدَّعى عليه يرتفق بها، فأجابه المدَّعَى عليه بأن الأروى حوزه وملكه، فأثبت

المدَّعي ببيِّنة اللفيف أنها له وتعذر استفسار شهودها لغيبتهم، وكذلك شهدت له بيِّنة أخرى عدلية أنه كان يتصرف في هذه الأروى إلى أن دفعها للمدَّعى عليه، فحكم القاضي بعقلها أي الأروى، فوقعت الفتوى بأن حكم القاضي لم يصادف محله، لأن بيِّنة اللفيف غير مستفسرة، والبيِّنة العدلية لم تشهد بالمِلك، وإنما شهدت بالتصرف وهو غير كاف. الخ...

فأجبت : الحمد لله، ما حكم به القاضي أعلاه من عقل الأروى هو الصواب، لأن بيِّنة اللفيف شهدت بالملك للمدَّعي كسرا وبأنه دفعها للمدَّعى عليه على وجه الارتفاق، وقد نصوا على أن اللفيف يحكم به في الأموال وغيرها كالنكاح، وجرى عملهم بذلك، فلم يبق للمدَّعى عليه حجة توجب المِلك ولا الحوز سوى الإعذار في بيِّنتي المدَّعي، فالمسألة من باب قول التحفة :

ثالثة لا توجب الحقَّ نعمْ توجبُ توقيفاً به حكمُ الحكمْ
وهْيَ الشهادةُ بقطع ارتِضِي وبقي الإعذار فيما تقتضي

وأما ما بحث به في تلك الشهادة من ترك الاستفسار فساقط، لأنه غير لازم، إلا إن كان في الرسم إجمال. قال البرزلي : وإن غابوا أو ماتوا قبل الاستفسار حكم بشهادتهم إن لم يكن فيها إجمال ولا احتمال، لأن الأصل استمرارها وعدم وجود ما يبطلها، فإن كان فيها إجمال حكم بشهادتهم إن كانوا من أهل العلم وإلا فلا. (هـ)، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عما يظهر من الجواب، ونصه : الحمد لله، حيث ادَّعى الرجل أعلاه أن له بيِّنة ولم يحضرها وأشهد على نفسه بالعجز ورضي اليمين من خصمه، ثم الآن استظهر بها فلا تفيد شيئا ودعواه باطلة لأنه أعرض عنها حين رضي اليمين من خصمه، فلا سبيل له الى الرجوع إليها. قال في المختصر : فإن نفاها واستحلفه فلا بيِّنة. الخ... ابن مرزوق : يعني أن المدّعِي إذا كانت له بينة حاضرة على دعواه أو غائبة، قريبة الغيبة على مسافة الجمعة ونحوها، واستحلف خصمه أي طلب حلفه ورضي بيمينه على رد دعواه وهو عالم ببيِّنته المذكورة، ثم أراد المدَّعي أن يقوم

بهذه البيِّنة فإن بيِّنته لا تسمع ولا ينفعه القيام بها؛ لأن رضاه بيمين المطلوب مع تمكنه من إقامة تلك البيِّنة لحضورها أو قرب غيبتها التي لا ضرر عليه في إتيانها منه؛ دليل على رفض تلك البيِّنة وعدم الاعتداد بها، فكيف يسوغ له القيام بعد ذلك بها. (هـ). قال الرهوني بعد نقله: وجهه ظاهر لأنه من باب إسقاط الحق بعد وجوبه، ولا خلاف أعلمه في المذهب في لزومه. (هـ) والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن رجلين تنازعا في بلدة ثم بعد مدة رضيا بما يقوله أهل البصر فُلان وفُلان وفلان بحيث إن قالوا: هي لواحد منهما فقد سلمها له الآخر.

فأجبت : الحمد لله، حيث رضي الخصمان بما يقوله أرباب البصر في الأرض المتنازع فيها وتوجهوا إليها عن إذن من يجب، وقالوا: إنها لأحد الفريقين فذلك لازم لهما ولا انفكاك لهما عنه. ففي تبصرة ابن فرحون نقلا عن ابن دينار : إذا تنازع رجلان في شيء، كل واحد يظنه لنفسه من غير يقين، كالشيء يكون من قبيل الأب أو الجد فيسئلان الرجل يفزعان إليه في علمه فيشهد أنه لواحد منهما فذلك جائز ويلزمهما. الخ... ونحوه قول المختصر: «أو شهد فُلان غير العدل»، فمفهومه أنه إذا كان فُلان عدلا يلزمهما، ولذا قال المحشي بناني على نص المختصر المذكور ما نصه : فإن كان عدلا قبلت شهادته مع اليمين. (هـ). ومحل اليمين إذا كان الشاهد واحدا، فإن تعدد كما هنا فلا يمين. قال الشيخ أبو علي بن رحال في شرحه : وأما العدل إذا وجد معه عدل آخر أو حلف من له الحق معه، فهذا أمر لازم لا اختيار للمطلوب فيه، وإنما هو شرع مقرر التزمه الانسان أم لا، فليس هو مقصود الناس أصلا. الخ... وقال أيضا : مفهوم المتن أن العدل ليس كذلك بل هو باق على حكمه، إن أضيف إليه عدل آخر أو يمين أفاد، وإلا فلا عبرة به، وبهذا تفهم ما وقع للناس. الخ... فتبيَّن من هذا أن ما شهد به أرباب البصر من كون البلدة المتنازع فيها هي لأحد الخصمين، صحيح معمول به ولا يمين عليه في ذلك، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل الشيخ أبو علي بن رحال عن رجلين تنازعا في دار وادَّعى كل منهما شراءها وكل منهما يدَّعي أن شراءه سابق على شراء صاحبه، وطلب أحد الخصمين صاحبه بإظهار رسم شراء الدار المذكورة لينظر أيهما أسبق، فامتنع خصمه من ذلك، فهل يقضى عليه بإظهار الرسم أم لا ؟

فأجاب : إن الممتنع من اخراج الرسم يجبر على إِخراجه. في البرزلي قُبيل نوازل الضَّرر ما نصه : وسئل ابن أبي زيد عن متخاصمين طلب أحدهما للآخر أن يوقفه على وثيقة بيده له فيها حق، فقال : لا أخرجها إلا بعد بطالة العيد وادَّعى رضى خصمه بذلك، فهل يحلف على الصبر أم لا ؟ فأجاب : إذا حضر الحكم وجب إخراج الوثيقة للطالب لينظر فيها وليس له الامتناع وهو من حق الطالب. الخ... ونقله صاحب المعيار مع حذف شيء منه، ونقلها ابن فرحون عن ابن سهل مسَلمة ولم يذكر في ذلك خلافا في وجوب إخراج الوثيقة لطالبها، بل نقلها الشيخ ميّارة في صدر شرح التحفة وقول بعض العصريين : لا يجب إخراج الوثيقة قصور، قاله الحسن بن رحال المعداني. (هـ). ثم لما بلغه أن بعض الناس تكلم في جوابه المذكور وزعم أن فيه شيئا، كتب اثره؛ لا بدَّ من نقل كلام الناس بلفظه ليظهر الحق فيها للمصنف لا للمتعسِّف، فلفظ الشيخ ميّارة عند قول التحفة : وما يكون بيِّنا إن لم يجب ... الأبيات الثلاثة. سئل ابن أبي زيد فذكره الخ... جوابه المتقدم. ونص ابن فرحون : مسألة إذا كانت عند رجل كُتُب لغائب فقام رجل عند القاضي وذكر أن له في تلك الكتُب حقا ومنفعة، وسأله أن يأمر الرجل بإحضار الكتُب لينظر له فيها، فإن الرجل يأمر الذي عنده الكتُب بإحضارها وينظر فيها، من ابن سهل في كتاب الأقضية. (هـ). وناهيك بابن سهـل. وإذا كانت كتُب الغائب تحضر وينظر فيها فكتُب الحاضر أولى أو هما سواء. وزاد البرزلي بعد قوله: وهو من حق الطالب متصلا به ما نصه :

قلت : لأن قضاء القاضي من باب تغيير المنكر، فتجب الفورية فيه بحسب الامكان. (هـ). والمسألة منقولة من ابن أبي زيد وكفى به حجة، وكذا البرزلي الناقل عنه ما ذكر مع أن كلام هؤلاء ليس فيه ذكرُ خلافٍ في المسألـة

وقال القاضي سيدي محمد ابن سودة رحمه الله : إن الخصم لا يلزمه إعطاء موجباته التي بيده لخصمه، ولو مكن الخصم من هذا وشبهه وألزم خصمه به لفُتح على الناس في الخصومات باب يعسُر سدُّه. (هـ). وكتب عليه شيخنا سيدي عبد القادر الفاسي : الجواب صحيح. (هـ). ولم ينسبا هذا لأحد من العلماء ولا أنه جرى به عمل، والشيخ ميّارة أكثر اطلاعا في الفقه من غيره في وقته مع كونه أعرف بعمل فاس. وقد ذكر الإخراج المذكور عن ابن أبي زيد من غير مقابل له من قول بعض العلماء أو عمل، والمعترض سلم أن الاخراج المذكور صحيح فقهُه، وزعم أن هذا المكتوب في جوابنا غير نازل على قضية الطالب والمطلوب.الخ.. ولم يبيِّن وجه المخالفة، مع أن السؤال فيه تنازع الخصمين، وابن أبي زيد سئل عن متخاصمين وأجاب بالإخراج، ولا يمكن المعترض أن يدَّعي إبطال الفقه الذي جلبناه لأنه سلمه وقول السيد ابن سودة رحمه الله : لأنه لو مكن الخصم من هذا لفُتح على الناس باب يعسُر سدُّه، الخ... فيه نظر؛ لأنه يقال له : لو لم يمكن الخصم من إخراج خصمه ربما يدَّعي أن له فيه حقا لمنع من شيء له فيه نفع مع إمكان نظر القاضي لرسم الخصم وحده أو يوَكل عدلين يثق بهما للنظر في الرسم المطلوب إخراجه، ولذلك قال ابن سهل : ينظر له فيها كما رأيته. وقول من قال : كيف يعطيه سيفه ليذبحه به كلام ساقط، لأنه إذا كلفه الشرع بإعطاء سيفه فإنه يجبر على إعطائه ولو كان يذبح به، سمعنا هذا مرارا من فقيه له صيت حين وقع الكلام في المسألة، واعترض كلامه بما أشرنا اليه. وقول ابن سودة رضي الله عنه ربما يدل على أن الرسم لا يخرج من يد مالكه ويدفع لخصمه يغيب عليه، ولا شك أن هذا (أي دفع الرسم) لمن يغيبُ عليه خلاف ما ذكره ابن أبي زيد ومن وافقه، فيصح الكلام ولا يبقى خصام ولا خلاف بين كلام الناس ويحتمل أن هذين الشيخين رضي الله عنهما لن يقفا على كلام من تقدَّمهما. والحاصل أن فتوى ابن أبي زيد لا يعدل عنها لأنها لا تترك النصوص المذكورة لقول من لم يأت بنص ولا عمل مع كون المتأخرين نقلوا هذه النصوص وسلموها، ولا سيما البرزلي، قاله الحسن بن رحال المعداني كان الله له. (هـ) باختصار. واعترضه غير واحد، منهم الشيخ الرهوني فقال : من تأمَّل وأنصف ظهر له أنه ليس فيما نقله من كلام ابن

فرحون الذي عزاه لابن سهل ما يخالف ما أفتى به الشيخان المذكوران (أي ابن سودة والفاسي)، إذ ليس في كلام ابن سهل أن الطالب لإحضار الرسوم بينه وبين المطلوب خصومة في شيء أصلا، فضلا عن أن تكون بينه وبينه خصومة في شيء يريد أن يتوصل بإليه بما في تلك الرسوم، كما أنه ليس فيه ما يدل على أن بين الطالب وبين الغائب الذي نسبت الرسوم اليه خصومة أيضا، وإنما مقصود ابن سهل بذلك أن نسبة المطلوب الرسم للغائب ليس بعذر يمنعه من إحضارها، كما أن من بيده مال لغائب ليس له الامتناع من إحضاره لمن طلبه به وله عليه ديْن ونحوه، فتأمله بإنصاف. وأما كلام ابن أبي زيد فقد يقال: إنه شاهد لما ادَّعاه على نقل المعيار الذي اقتصر عليه الشيخ ميّارة، ولكن نقله البرزلي على وجه يفيد أنه لا شاهد فيه لما قاله، فذكر نصه السابق ثم قال : فأنت تراه ليس فيه أن تلك الوثيقة هي ملك للمطلوب وحده وإنما فيه أنها بيده، وذلك أعم من أن تكون بيده على أنه كتبها لمنفعة نفسه خاصة أو كتباها معا لمنفعتهما معا فبقيت بيده، والأعم لا إشعار له بأخص معيَّن، بل الاحتمال الثاني أقوى، لأن المطلوب إنما احتج على الطالب بأنهما اتفقا على أن لا يظهراها إلا بعد مضي أيام العيد، ولم يحتج عليه بأنها له وحده فلا يخرجها له لكونها له، فالنزاع بينهما في لزوم ما اتفقا عليه من التَّأخير وعدم لزومه، وعلى اللزوم،فهل يحلف له على الصبر إن انكر الرضى بذلك أو لا ؟ فليس ظاهرا في مخالفة ما افتى به الشيخان فضلا عن أن يكون نصا في ذلك كما زعمه أبو علي الى أن قال : ويشهد لما قالاه (أي الشيخان) ما نقله ابن عرفة عن المازري وغيره، فإن ما قاله أبو علي راجع الإلزام المطلوب أن يقيم على نفسه حجة للطالب مع أن ذلك غير لازم له. (هـ).

وسئل القاضي الأعدل سيدي العربي بردلة عن نحو النازلة،

فأجاب : إن رسوم الملكية لا يطالب بها أحد على وجه الالزام. وأما المدَّعي فالرسوم مصدِّقة له، فإن أخرجها نهضت حجَّته وإن لم يخرجها لم تنهض، ولا معنى لإجباره على ما هو نفع له ومضرة لغيره. وأما المدَّعَى عليه فهو من صدَّقه الأصل أو العرف فلا يحتاج لرسوم تصدقهُ، وإذا كان كذلك فلا معنى لمطالبته

بالحجَّة، لأن حجَّته هي الأصل أو العرف وهي حاصلةٌ، وإذا كان كذلك وضح أن الرسوم لا يطالب أحد بها على وجه الالتزام والله أعلم. وكتب العربي بردلة كان الله له. (هـ). واذا أُحَطت عِلما بهذا فهمتَ ما في نوازل المحقق سيدي العربي الزرهوني ونصه :

سئل أهلُ عصرنا عن متخاصمين ادَّعى أحدهما على الآخر بحق في أملاك بيده، فقال: هي بيدي مِلكي وحوزي ورثتها من أبي، فقال له المدَّعي : أخرج رسومها، فحقي الذي ندَّعي به مذكور في تلك الرسوم، وللمدَّعي شبهة متعددة بما قال : فهل يكَلَّف المطلوب بإخراج رسومه للطالب يتصفحها هل فيها ما ادَّعاه الطالب أم لا، جوابا شافيا.

الحمد لله، الجواب، والله تعالى الملْهِمُ لإِصابة الصَّواب : إن من ادَّعى مِلكية عقار بيد غيره وطلب المدَّعي إحضار ما بيد المدَّعى عليه من الرسوم، هل يمكن من ذلك ويلزم المدَّعى عليه بإخراجها أم لا،؟ اختلف في ذلك على قولين، ووقعت هذه النازلة للشيخين أبي محمد عبد القادر الفاسي وأبي علي المعداني، فأفتى الأول بعدم لزوم ذلك وانتصر له من قال : كيف يكلف بإخراج سكّينه ليذبحه بها، وأفتى الثاني باللزوم، ونسبه لأبي الحسن اللخمي وقال : يكلف بإخراجها لتوقف الحكم عليها مع ما فيها من إراحة الخصمين والقاضي بظهور مقاطع الحق بها، ووافقه على ذلك القاضي بردلة وتبعهما القاضي العميري، وبه كان يفتي شيخنا المحقق العلامة سيدي محمد الرهوني رحمه الله، وذلك كله مقيد بما في السؤال من أن المدَّعي له شبهة، أما بدونها فلا يمكَّن أصلا. ثم محل الخلاف حيث لم يذكر المدَّعَى عليه سبب تصرفه فيما ادَّعى به عليه، أما حيث بيَّنه كما هنا بقوله: ورثتها من أبي فلا بد من إخراجها، وهذه خارجة عن الخلاف، والله أعلم. قاله كاتبه عفا الله عنه عبد الله بن أبي بكر الجابري الوزاني لطف الله به آمين. (هـ) من خطه. وبعده تصحيح الفقيه سيدي محمد بن الطاهر الحسني. (هـ). وبعده: الحمد لله، ما سطر أعلاه من أنه حيث قامت للخصم المدَّعي شبهة، فإن المدَّعى عليه يؤمر بإخراج رسوم الأملاك المدَّعى فيها، وليس له

الامتناع من ذلك لأنه من حق الطالب، صحيح، وعليه يحمل ما في المعيار عن ابن أبي زيد من وجوب إخراج الوثيقة للطالب لينظر فيها، وعلى انتفاء الشبهة يحمل ما قاله الشيخان: أبو محمد عبد القادر الفاسي ومعاصره القاضي ابن سودة، كما قاله شيخ شيوخ بعض شيوخنا العلامة الحافظ المطالع أبو علي المعداني في حواشي ميّارة علي التحفة، ونقله عنه الشيخ التّاودي في شرح التحفة، والخلاف في مطالبة الحائز ببيان سبب ملكه شهير، ذكره صاحب التوضيح وغيره، ومحله ما لم يكن المدّعى عليه مشهورا بالاستطالة والتعدّي، وإلا فلا يكتفى منه بقوله: ملكي وحوزي، على أن الحائز إذا ذكر الوجه الذي صار له به المحوز كان حوزُه كلَا حوز. قال المقري عن ابن رشد، وذكره غير واحد : كل من علم أصل مدخله لم ينتفعَ بحيازته. (هـ). ومعلوم اشتراط جهل المدخل في الحوز وإلا لم ينتفع به، ولم يبق الكلام إلا في الوجه الذي صار له به المحوز بلا خلاف كما بالمرسوم أعلاه، والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني. (هـ) فتأمله ولا بدَّ. وقيَّدت من كناشه أيضا ما نصه :

وقع السؤال عن أخ ادَّعى الاختصاص عن إخوته بِجُلّ متروك أمه، فأجيب بما نصه : الحمد لله، الجواب أن دعوى الأخ الاختصاص بما ذكر لا يسمع منه بل يجب عليه إثباته بهبة أو شراء أو غير ذلك من العقود حسبما أفتى بذلك ابن لبابة وعالم أهل الأندلس في وقته أبو بكر اللؤلؤي شيخ ابن زِرب، وهو معنى قول خليل : "والاشتراك فيما بيد أحدهما إلا ببيِّنة كإرثه، وعليه فمن ادَّعى الاستبداد من الورثة كلف بإثباته، وقوله: مالي ومِلكي غير نافع له، والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني. (هـ). الحمد لله، ما سطر أعلاه صحيح، والله أعلم. وكتب محمد بن ابراهيم لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، قال ابن بطال : رأيت كتابا كتبه أحمد بن قاسم الفقيه البطليرسي بخطِّه إلى أبي بكر اللؤلؤي بقرطبة وكان حاز الفتيا في زمانه: ما تقول يرحمكم الله فيمن له أملاك كثيرة بقرية، فقالت أخته: أملاك أبينا بيدك فقاسمني، فقال: ليس بيدي منها شيء بهذه القرية وإنما بيدي أملاكي ومالي ما صار الي

بالابتياع ووجوه المكاسب. وأما مال أبينا فليس بيدي منه شيء، وهم يقرُّون أن أباهما له مِلك في القرية، فهل يجب على الأخت إثبات مال أبيها وحيازته أو يقال لأخيها: أثبت ملكك في هذه القرية أو قاسم أختك سائره إذا قررت أن أباك له بها مال، فأجاب بخط يده : في ذلك اختلاف بين أهل العلم، والذي عليه الفتيا أن يكلف أخوها اثبات ما ذكره وإلا حلفت الأخت أو ردَّت اليمين. (هـ). وعليه تحمل النازلة المسؤول عنها، فعلى الأخ إثبات ما ادَّعاه من الاختصاص وإلا حلفت الأخت أو ردَّت عليه اليمين، والله أعلم. وكتب موافقا محمد الهاشمي وفقه الله بمنِّه من خطِّه. (هـ). قلت : قال الحطاب في شرح المختصر صدر كتاب الإقرار ما نصه :

مسألة : امرأة ادَّعت على أخيها بميراثها من أبيها في أملاك بيده، فقال وكيل الأخ: إن أخاها قد قاسمها جميع الأملاك وقبضت حصتها من ذلك، فقال ابن رشد في نوازله : إن كان الأخ جعل لوكيله الإقرار، فقوله إن وكيله قد قاسم أخته في جميع الأملاك التي وقف عليها، إقرار منه عليه بمشاركة أخته له في جميعها فيقضى لها بميراثها في سائرها إن كانت بيده. (هـ). وفي مسائل الأقضية من البرزلي عن ابن أبي زيد أن من طلبت منه أخته ميراثها من أملاك أبيها فقال: بيدي ربع ملكته من أبي وربع ملكته بكسبي وغفل عنه حتى مات، فإن على ورثته إثبات ما ادَّعى أنه استفاده بعد أبيه وإلا حلفت ما علمت، وقسم بينهما. (هـ).

وسئلت عمَّن ادَّعت عليه شقيقته بأنه حائز لنصف الدار ونصف الجنان المتخلفين عن والدهما معاءهذه سنون، فتطلب منه الواجب لها فيهما وثلث الكراء والغلة من وفاة أبيهما إلى الآن، فأجابها بأنه حائز لهما على وجه الحبس عليه وعلى من يتزايد له بعدُ من الذكور لا الإناث، كان بعض أولاد عمِّه حبَّسهما كذلك حتى وصلا إليه، فألزمه القاضي بإحضار رسم الحبُس فأظهر نسخة منه قديمة جِدّاً فأبطلها المفتون بكونها غير مستوفاةٍ الشروط المعتبرة في الحبُس.

فأجبت : الحمد لله، ما تمالأ عليه المفتون من بطلان الحبس القديم جدّاً بما ذكره غير صواب، لأن محل ما ذكروه إنما هو فيمن قام على غيره في ملك بيده

وأراد أن يخرجه من يده برسم الحبس، فهذا هو محل اشتراط وجود شروط الحبس بتمامها، وأما الحائز لشيء وهو يتصرف فيه على وجه الحبس وطالت مدَّته جدّاً بحيث زادت على مائة عام كنازلتنا، فلا يُطلب بشيء من الشروط سوى الحوز وكون ذلك الشيء يحترم بحرمة الأحباس. ففي نوازل أبي زيد سيدي عبد الرحمن الحائك أنه سئل عن حبُس قديم ينيف على المائتين فيه ما يريبه تعارضت فيه الآراء، أفتى غير واحد بصحته ممَّن عاصر وممَّن تقادم، فأجاب : إن ما سطِّر فيه من الأجوبة بصحته صحيح لا غبار عليه، ولا يلتفت لما عارضه من القوادح، لأنه وقع كلام في شكيله من شيوخنا الفاسيين وغيرهم، فوقع التفصي بصحته إن كان محازا محترما بحرم الأحباس كما في خطِّ شيخنا المحصل سيدي التّاودي بن الطالب بن سودة، ونص خطه : إن كانت الأملاك محوزة بيد مالك لها متصرف فيها على وجه الملك، وأريد إثبات تحبيسها بالنسخة أعلاه فلا يصح ذلك ولا يثبت كما ذكر أعلاه، وإن كانت الأملاك محوزة على وجه الحبُس محترمة بحرمته لا تباع ولا تورث منذ تاريخ الرسم أعلاه هذه مائتا سنة وخمس وعشرون سنة، وأريد إبطال تحبيسها لخلل الرسم المذكور، فهذا مما لا ينبغي أن يلتفت اليه كما قاله بعض الشيوخ فيما هو أقل من هذه المدَّة. (هـ) وهو كلام حق وافقه عليه من وافقه من شيوخنا، ولا يخالفه ما في أجوبة ابن رشد إلى أن قال : فيرد هذا الحبس لأصله ويعمل بقول حائزه لا بقول طالب إرثه وقسمه لخلل في رسمه، لأن حوزه وحرمته أغنتْ وسدَّت خلله، سيما وثم ضمائم تعززُه هي بيد حائزه تُعَبِّرُ في وجه مريد كسره وإبطال حرمته، فهيهات هيهات، والله الموفق. (هـ) بلفظه وهو صريح في عين النازلة فينبغي أن يعتمد ومثله في نوازل القاضي سيدي العربي بردلة ونقله عنه العلامة سيدي العربي الزرهوني ونصه : نصُّوا على أنه إذا طلب الخصم أخذ نسخة من رسم حبُس قديم لعله يجد فيه اختلالا أو نقصاً فإنه لا يمكَّن من ذلك، لأنه لو وجد شيء من ذلك ما ضرَّ ولا أثَّر، لأن كونه محوزا على وجه الحبس السنين العديدة والآماد المديدة هو الذي يثبت به التحبيس ولا عليك في الرسم. ففي أجوبة القاضي بردلة : الحبُس المعقب الذي بيد العقب يحوزونه على وجه الحبس،

لا يبطله وجود رسم مستوف للشروط، وفي هذا كفاية، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل الشيخ سيدي محمد بن عبد السلام النَّاصري عن قول الإمام ابن رشد : من ادَّعى مِلكا بيد غيره وأثبت ملكيته على ما يجب، فإنه يجبر له المدَّعى عليه على بيان مدخله، هل ذلك بعد الإعذار في بيِّنة المدَّعي أم لا ؟

فأجاب:بأن ذلك بعد الإعذار إلى المدَّعى عليه في بيِّنة المدَّعي، إذ لا يتم الثبوت إلا بذلك، ولأن المدَّعى عليه لو أبدى مَطعنا مسَلما في بيِّنة المدَّعي لما احتيج إلى مطالبة ببيان السبب، ويدل لذلك قول أبي الحسن في كتاب الجنايات من تقييده الكبير على التهذيب ما نصه : الشاهد يشهد بحق لرجل لا يحلف المشهود له حتى يعذر للخصم في الشاهد، لئلا تذهب يمينه باطلا، هذا هو الصحيح، وبذلك وقعت الفتوى في سؤال أتى به من سبتة. (هـ). وبه اعترض الشيخ أبو علي بن رحال على شروح التحفة التابعين لها في قوله في الاستحقاق، وفي سواها قبل الإعذار بحق. قال : وهذه العلة تأتي في الاستحقاق، لأن المستحق من يده ربما يجرِّح بيِّنة المستحق عند الإعذار، فتذهب يمين المستحق باطلاً حسبما نقلناه على قول المتن في الشهادة : «وإن سأل ذو العدول..الخ» ونازلتنا مخروطة في هذا السلك جزماً، لأننا لو كلفنا المدَّعي عليه ببيان السبب أولا ثم أعذر إليه في بينة المدَّعي، فأبدى مطعناً معتبراً مسلماً، لم تبق فائدة في تكليفه ببيان سبب المدخل قبل ذلك، فلذا احتجنا إلى الإعذار أولا، وأيضا كلام ابن رشد ليس بصريح في تقديم بيان السبب على الإعذار، وإنما سكت عما هو معلوم من أن البيِّنة لا تتم ولا يحكم بها إلا بعد الإعذار فيها للخصم، فوجب تقديمه وربُّنا أعلم وأحكم. (هـ).

وسئل الشيخ الرهوني أيضاً عن المسألة بما نصه سائلا لكم عن معنى قول ابن رشد في الاستحقاق : لا يسأل الحائز عن السبب إلا بعد ثبوت المِلك للمدَّعي هل قبل الاستفسار والإعذار فيها (أي بيِّنة المدَّعي) أو بعده، فإن كان قبله فيلزمه أن يجيب عن ثبوت ناقص، وإن كان بعده اتحد قول ابن رشد مع قول

ابن أبي زمنين القائل بعدم السؤال مطلقاً،لأنه مع ثبوت الملكية كل الثبوت يصرف الحاكم الأصل للمدَّعي.

فأجاب : إن تكليف المدَّعى عليه بالجواب إنما هو بعد الإعذار إليه وعجزه عن الدَّفع وذلك كما قاله شيخنا العلامة أبو عبد الله الجنوي الحسني مأخوذ من كلام ابن رشد نفسه لقوله : فإن أثبت ذلك كما يجب إنما يحصل بالاعذار والعجز عن الطعن،وقولكم : إنه بعد الثبوت كما يجب يصرف الحاكم الأصل للمدَّعي؛ ليس كذلك، بل بعد الثبوت يسأل الحائز من أين صار له ذلك الملك، فإن أجاب بأنه صار إليه من القائم أو من موروثه بشراء أو هبة أو نحو ذلك سمع دعواه وأجَّله في إثبات ما ادَّعاه، فإن أثبته أعذر للقائم في ذلك الخ... ما هو معلوم، وإن ادَّعى أنه صار إليه من غيره كلفه إثبات الملك له، فإن أثبته وتعارضت البينتان صير إلى الترجيح، فإن تعذر سقطتا وبقي بيد حائزه كما هو مشهور في الكتب المتداولة، وقول أبي الوليد ابن رشد رحمه الله في هذا القسم : إنه لا يلتفت إلى قوله؛ غير مسلم، وإن سكت عنه غير واحد ممَّن نقله كابن سلمون والموَّاق والشيخ ميّارة والله أعلم. (هـ). وقوله: إن الشيخ ميّارة سكت عنه فيه نظر لأنه قال في شرح التحفة بعد نقل كلام ابن رشد المذكور ما نصه وهذا، والله أعلم إن لم يكن بيد الحائز للشيء المستحق أصول، أما إن كانت بيده الأصول المشتملة على الملكية وانتقالها وحكاياتها، فإن ما بيد الحائز مقدم لما تقدم في التَّراجيح عند تعارض البيِّنات أن الحوز مما يقع به التَّرجيح لثبوت الملكية لكل منهما فيفضل للحائز الحوز. (هـ) فتأمله ،والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمئاب.

وسئلت عمَّا يظهر من الجواب،ونصه : الحمد لله، حيث كانت دعوى الشريف سيدي الحبيب أن الدار المتنازع فيها كلها له، ودعوى أخيه سيدي محمد أن له النصف فيها، وكانا معا حائزين للدَّار المذكورة بالسكنى فيها،وأقام كل منهما بيِّنة اللفيف بما قاله، وحكم القاضي فيها بالثلثين للأول،والثلث للثاني بعد أن ندبهما للصلح وامتنعا منه، كان حكمه بذلك عليهما في غاية الحسن والصواب،

إذ هو المشهور في النازلة بلا شك ولا ارتياب. قال الشيخ التاودي في شرح التحفة : والشيء يدعيه شخصان معا... ما نصه : المفهوم الثاني أن يدَّعيه أحدهما ويدّعي الآخر نصفه، فإن لَمْ يكن بيد واحد منهما قسم على الدَّعوى اتفاقا، وإن كانت بيدهما معا فقيل كذلك أي يقسم على الدَّعوى أيضا وهو المشهور. وقال أشهب وسحنون : يقسم بينهما نصفين وحيث قيل يقسم على الدعوى فقيل كالعول، فيضرب لمدَّعي الكل باثنين ولمدَّعي النصف بواحد،ويقسم على الثلث والثلثين وهو المشهور الخ..، ومثله في شرح الشيخ ميَّارة وحواشي أبي علي بن رحال وشروح المختصر وحواشيه، وهو صريح في عين النازلة، فلا ينبغي العدول عنه سيما ومدّعي الكل مُقر بأن له في الدار المذكورة الثلثين ولأخيه المذكور فيها الثلث، فهذا الإقرار مما يزيد ذلك الحكم تقوية، لأن الأئمة نصُّوا على أن إقرار المُقِر أقوى من قيام البيِّنة. قال اليزناسني في الإقرارة وهو أقوى من البينة على المُقِر، لقوله ﷺ : أحق ما يؤخذ به المرء إقرارُه على نفسه. (هـ). وقال سيدي عمر الفاسي : وهو أوثق من البيِّنة. (هـ). وقال الشيخ ميّارة : وأما إن أقر فلا يفتقر إلى إقامة بيِّنة ولا إلى يمين. وفي مثل هذا يقول الفقهاء :أقرالخصْم فارتفع النزاع. (هـ). ويزيده أيضا تأييدا موافقة أحد قاضيي الجماعة بفاس عليه كما بيد حامله، فإرادة نائبه الآن البحث في هذا الحكم ونقضه من أعجب ما يسمع، إذ المعهود هو بحث الأصل في حكم الفرع لا العكس فتأمَّله. وأما البحث في بيِّنة الشركة بكلام ابن سهل فغير صواب، لأنه مقابل الأصح في قول المختصر: «إن شهد بالمفاوضة ولو لم يشهد بالإقرار بها على الأصح»، فانظره، ومقابل الأصح وإن كان صحيحا لكنه غير مساو لهم، فكيف يقدَّمُ عليه وينقض بالصحيح، وكذا نقله كلام المعيار حجَّة عليه أيضا، لأن من جملة ما فيه بأن الحوز المجرَّد عن دعوى المِلك لا يرجح على الشراء. وقد علمت أن الحوز هنا غير مجرد عن دعوى المِلك بل مقرون بدعوى المِلك وبإثباتها أيضا، على أن بيِّنة سيدي الحبيب بالمِلكية باطلة،لأنه في المقال طلب من أخته كراء المدَّة التي سكنها معه في الدار، وبيِّنته التي أدلى بها شهدت بأنه أسكنه معه فيها على وجه الإحسان فهو مكذِّب لها فتسقط لقول ولد الناظم أو بمناقضة قوله لنص ما شهد له به تأمله. وأما بيِّنة الشراء فلا توجب له مِلك الدار بأسرها

لأن رسوم الشراء وإن تعددت فلا توجب الملك، لقول العمليات : لا توجب المِلك عقود الأشرية. ولأن ما اشتراه أحد المتفاوضين باسم نفسه لا يختص به، بل إنما له نصفه فقط كما هو معلوم من باب الشركة، ولأن رسم الشراء لا ينزع به من يد حائز كبيِّنة السماع، فضلا عن حائز مالِك والله أعلم. وقيَّده عبد ربه تعالى المهدي بن محمد العمراني لطف الله به.

نــوَازِل الشَّهَــادَاتِ

سئلت عن بيِّنتين شهدتا بالسماع بثبوت النسبة الشريفة لبعض الناس إحداهما عدلية فيها نحو السبعة من العدول، والأخرى لفيف فيها نحو الأربعة والعشرين رجلا.

فأجبت : الحمد لله، البيِّنتان أعلاه كلتاهما من قبيل شهادة السماع، وقد نص العلماء على ثبوت النسبة الشريفة بها. ففي تبصرة ابن فرحون أن شهادة السماع على ثلاث مراتب : الأولى ما مُستندُها السماع المتواتر المفيد للعلم كالسماع بأن مكة موجودة. الثانية ما مُستندُها الاستفاضة المفيدة للظن القوي القريب من القطع، ومنها الشهادة بالانساب المشهورة الشائعة ككون مالك هو ابن أنس، وهذان يجوز للشاهد فيهما القطع بالمشهود به الثالثة شهادة السماع الاصطلاحية ولها شروط مذكورة في كتب الفقه وهي تفيد ظنا لكنه لا يقرب من القطع، ولا يقطع في هذا القسم بالمشهود به. (هـ). نقله شرّاح التحفة، ونقله القادري أيضا في نشر المثاني، وقال: "ثم المراتب الثلاثة كلها موجودة في الأنساب الشريفة، وكلها معمول بها في النسب شرعا، وفيها قسم رابع وهو شهادة لكنها غير مستوفية للشروط، فترجح بانضمام مُرجح آخر كظواهر الملوك وتنفيذ الخراجات السنية وغير ذلك. وقسم خامس وهو التحليلات في رسوم الأشرية والمعاملات، ونحو ذلك وإن كان ذلك ليس من الشهادة خلافا لابن عبد السلام وعلى كل لا يخرج عن كونه خبرا، وقد يوجد مجرَّد الانتساب، لكن يشترط فيه أنْ يتقدَّمه بذلك آباؤه وأجداده، ولم يشعر منهم بما يوجب ريبة، وأحرى صريح الاختراع والتَّقوُّل وأفحش وأقبحُ إن كان هو المخترع، وكل هذا داخل في الوعيد المدلول عليه بالنصوص المتقدمة، ويجب عليه الأدب الوجيع، والتعزير الفظيع بما يزجره عنه حتى لا يعود إليه أبدا. (هـ) منه. وأشار بقوله : وكل هذا داخل في الوعيد المدلول عليه بالنصوص المتقدمة إلى ما قدَّمه من قوله. ومما أخرجه أصحاب الكتب الصحاح واتفق الكتب الستَّة على معناه، قوله ﷺ : من انتسب إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه،

فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، ولا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا. (هـ). فالمتقوِّل الكاذب في ادِّعائه النسبة النبوية يشمله هذا الوعيد إن ادَّعاها وهو يعلم بكذبه، كما دلت عليه الأحاديث التي قيدت بعلمه كحديث من ادَّعى الى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام، رواه سعد بن أبي وقَّاص، وشموله الوعيد من وجهين : الأول كونه ادَّعى لغير أبيه قذف وكذب وعقوق، الثاني استخفاف بحرمة النبي ﷺ في التقوُّل على الشرف. قال الأُبيِّ : أنظر لو انتسب لغير أبيه لضرورة كالمسافر ينزل به الخوف فيقول، أنا ابن فُلان لرجل محترم لصلاح أو غيره، والظاهر أنه لا يتناوله الوعيد، بخلاف ما لو انتسب لغير أبيه ليكرَم أو ليُعطى، هذا الأظهر أنه يتناوله الوعيد. (هـ).

وسئل الشيخ التّاودي عن شهادة السماع هل يثبت بها النسب الطَّاهر أم لا ؟

فأجاب : قال أبو عمر ابن عبد البر : شهادة السماع الفاشي في النسب جائزة : لقوله في الرواية : أتشهد أنك ابن القاسم، قال : نعم. قال البرزلي : وعليه اليوم إثبات انتساب الشرف، يقولون : إن فُلان الفُلاني لم يزل قديما وحديثا ينتسب إلى هذا النسب الشريف ويدعى به، ويوجد في أصدقائهم إلى غير ذلك، ولا ينكره عليه صغير، فمتى تواتر ينتقل الحال عن شهادة السماع الى القطع فتكون شهادة قطع. (هـ). وقوله، ولا ينكر عليه صغير أي لأن من شرط الحيازة للشيء أن لا يكون للحائز فيه منازع ولا مدافع، وهو مأخوذ من قول الإمام كحيازة الأملاك، فإذ ثبت هذا لم يكن لأحد أن يخرجه منه، ولا أن يصدَّه عنه، ولا له أن يتركه. قال الشيخ سيدي زرُّوق نفعنا الله به : من وجد بيد آبائه شيئا فليتمسَّك به، لحديث تبرُّءٌ من نسب وإن دقَّ، كفر. (هـ) حتى يتبيَّن خلاف ما قيل، فلا يجوز له حينئذ الانتساب، لقوله ﷺ : «من كذب عليَّ متعمدا فليتبوأ مقعده من النار» رواه البخاري ومسلم. والحاصل أن شهادة السَّماع عاملة بالنسب بشروطها، وللواجد أن يتمسك بها ما لم يعلم بكذب أصلها، والله سبحانه أعلم. (هـ) باختصار. وفي هذا كفاية، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي العمراني لطف الله به آمين. (هـ).

وسئلت عن شهادة بنسب فيها عدد كثير من العدول ولفيف وأشراف الناس ووجوهُهُم، بلغوا نحو السِّتِّين رجلا بين العدول وغيرهم.

فأجاب بعض فقهاء مراكش بقوله : الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم. النَّسب سواء كان شرفاً أو مطلقاً يثبت بالسَّماع حسبما في ابن سلمون والتبصرة الفرحونية والمعيار وغيرهم، فكيف بمثل هذا الذي ثبت كما يرى فوقه، وبيد حملته من طوائف العدول ولفيف الناس ومن الأعيان والمرابطين والأشراف وعلماء، ممَّا يزيد على نحو السِّتِّين، بحيث قد أفاد ذلك التَّواتُر المفيد لليقين، والقطع الصميم، الذي لا يقاومه ما يقابله من الشهادات المفيدة للظنون، حسبما شحنت به دواوين أئمة الأحكام، وتلقاه الأجلَّة الأعلام بالقبول. ففي ابن سلمون : ومن حاز نسباً مدَّة وثبت له بالسماع، فعلى من نفاه عنه الحدُّ. (هـ). وفي تبصرة ابن فرحون عن ابن الهندي مثله، وكذا في المعيار مثله قائلا : يكفي في ثبوتِ هذا النسب يعني الشرف لمدَّعيه السَّماع الفاشي، وشهرته به، ودعاء الناس له، ويتقوى ذلك بثبوته عند القضاة، لا سيما مع ما تقادم من رسوم المنتسبين إليه، ووجود كثرة الشهادات فيه، وتوقيع الأئمة من العدول والعلماء والقضاة عليها. (هـ). وفي المفيد والبرزلي مثل هذا بزيادة، أن هذا القدر من الشهادة يرتفع عن مسمَّى السَّماع إلى مسمَّى القطع واليقين والتَّواتُر، ويصير من باب الاستفاضة، وقد علم بالضرورة من كتب الأئمة أن ما بلغ من الشهادات هذا المبلغ، فلا يقاوم ولا يعذر فيه لمن طلبه، بل يسجَّل الحكم به، وهذا القدر كاف وبالحكم واف. وكتب -والعلم لله- سعيد جُبَيْرٍ وفَّقه الله. (هـ).

وأجاب بعض أهل فاس بعده بقوله : الحمد لله، المسطر أعلاه صحيح، لقول الإمام مالك رضي الله عنه : الناس في أنسابهم على ما حازوا وعرفُوا به كحيازة الأملاك، ومن ادَّعى عليهم خلاف ذلك كلف إقامة البيِّنة، وإلَّا حُدَّ. (هـ). نقله الشيخ التّاودي في أجوبته. وفي حاشية العلَّامة الرهوني ما نصه : قال الأستاذ أبو سعيد بن لب في جواب نقلهُ شارح التحفة : الخلاف المذكور أي في شهادة السَّماع إنما هـو إذا شهِدوا بحصول السَّماع فقط، أما إذا تضمنت

الشهادة التحقيق والقطع فيثبت النسب، ويجب الميراث، ولا يمين في ذلك على أحد. (هـ). ثم قال : وقد قال الأئمة رضي الله عنهم فيمن حاز نسبا مدَّة طويلة مثل أنه قرشي، فعلى من نفاه الحدُّ. (هـ). وفيما ذكر كفاية، وبالله التوفيق. وكتبه عبيد ربه أحمد بن محمد بن الخياط الزكاري الحسني، كان الله له آمين. (هـ).

وأجبت عقبهما، الحمد لله، لا خلاف بين الأئمة في أن النسب يثبت بشهادة عدلين كما يثبت باثني عشر رجلا من اللفيف حيث كانوا مستوري الحال على ما جرى به العمل بفاس، فإن اجتمع العدد الكثير من العدول، واللفيف والأشراف ووجوه الناس وكبَرائهم كما في هذه النازلة، وانضم إلى ذلك تصرفُهم في فتوحات جدِّهم وأحباسه، مع ظواهر الملوك التي بأيديهم أفادت هذه الشهادة العلم وسقط فيها الإعذار كما ذكر الأئمة. ففي تبصرة ابن فرحون ما نصه: الباب الثاني في القضاء بشاهدين لا يجزىء غيرهما، وذلك في النكاح، والخلع، والطلاق والتمليك، والمباراة، والعتق، والإسلام، والردَّة، والنسب، الخ... ونحوه لابن شاس وابن الحاجب وابن عرفة وغيرهم، ونظمه الشيخ ميّارة بقوله :

وشاهدان في النكاح والطلاقْ والخلع والإبرا وتمليكٍ عتاقْ
ونسبٍ كتابةٍ تدبيرٍ معْ شربٍ وقذفٍ وحِرابةٍ تبعْ

وذكر العلامة أبو القاسم العميري في شرح عمليات فاس عن القاضي ابن سودة، أن الذي أدرك العمل به، أنه لا يمين مع اللفيف، وإن شهادتهم لا تختص بالأموال قائلا: بل عدم تخصيصه بها هو الجاري المعمول به في النكاح والطلاق والرضاع والتَّسفيه والتَّرشيد وغير ذلك. (هـ). ونقله السجلماسي أيضا عن أبي زيد الفاسي في شرحه، ومثله للشيخ التّاودي في شرح الزقاقية، وابن عبد السلام بناني وغيرهم، وقد ذكروا أن كل مسألة كثر فيها الشهود بحيث يتعذر عادة تجريح جميعهم فإنه لا إعذار فيها، لانتفاء فائدة الإعذار حينئذ. قال ابن سهل ما نصه : ولقد أحسن أبو إبراهيم في هذا النصح للمسلمين في ترك الإعذار إلى هذا الملحد، والحق البيِّن أن من تظاهرت عليه الشهادات في إلحاد أو غيره هذا التظاهر وكثرت البيِّنة العادلة عليه هذه الكثرة، فالإعذار إليه معدوم الفائدة، إذ اليقين حاصل أنه لا

يستطيع تجريح جميعهم، ولا الإتيان بما يسقط شهادتهم. (هـ) الغرض منه، ونظمه في التحفة فقال : ولا الكثير فيهم العدول، يعني لا إعذار في الشهادة الكثيرة العدول ومعهم اللفيف لعدم فائدته كما تقدَّم. ووجَّهه سيدي العربي الفاسي بتوجيه آخر فقال : لعل الخاصية التي اقتضت عدم الاعذار هي كونه محصِّلا للعلم خارجا عن باب الشهادة إلى باب التَّواتُر، ولا إعذار فيما خرج عن باب الشهادة سواء كان فيهم عدول أو لم يكونوا، وما قاله ابن عاصم، حكايةٌ للصورة النازلة المعينة، والحكم أعمُّ من ذلك يشمل كل كثير محصِّل للعلم كان فيهم عدول أو لا، فليتأمَّل ذلك. (هـ). وعلى كل حال فهذه الشهادة يتعين على القاضي أن يحكم بها بدون إعذار ويريح الفريقين، إذ لمثل هذا نصِبَ بالصواب، والله تعالى أعلم، قاله وكتبه المهدي العمراني لطف الله به. (هـ).

وسئل الشيخ التّاودي ابن سودة عمَّا يظهر من جوابه، ونصُّه : الحمد لله، شهادة المفتي على من استفتاه بإقراره لديه بالشركة جائزة معمول بها، وإنما ينهى المفتي عن الشهادة على مستفتيه إذا استفتاه في أمر يقبل في الفتوى ولا يقبل في القضاء، كما إذا استفتاه في حلفه بالطلاق، لا كلَّم زيداً، وقال : أردت بذلك شهراً فإنه يقبل منه في الفتوى ويصدَّق فيه، ولو رفعته الى الحاكم زوجتُه وشهد عليه أو أقرَّ بذلك ألزم بالطلاق، ولا تقبل منه نيته. قال في المنتقى : ولو سأل المستفتي فقيها عن أمر ينوَّى فيه، ولو أقر عند الحاكم، أو اسَرتْه البيِّنة لم ينوَّ، وفرق بينهما. فإن أتته زوجته تسأله الشهادة، ففي العتبية روى عيسى عن ابن القاسم : لا يشهد عليه، زاد ابن المواز : ولو شهد عليه لم ينفعها، لأنَّ إقراره على غير الإشهاد، وما أقرَّ به من طلاق أو خبر مما لا رجوع له عنه، ثم أنكر، فليشهد به. (هـ). وقد نبَّه على ذلك في المتن إذ قال : ولا مفت على مستفتيه إن كان ممَّا ينوَّى فيه. (هـ).

وأجاب الشيخ الرهوني عن مسألة بما نصه : الحمد لله، الشهادة المنتسخة أعلاه لا تفيد شيئا لِقِدَم تاريخها عن وقت القيام بها بما يزيد على أمد الحيازة القاطعة للحقوق بكثير، فتاريخها سنة ثمانين، وقول الموثق إلى الآن أي سنة

ثمان المؤرَّخ بها، وقد نص الأئمة على أن تاريخ الرسم إذا تأخر عنه الأداء فلا بدَّ أن ينبه شاهداه عند الأداء على استحقاق الملك واستمراره الى حين أدائهما وإلا لم يعمل بذلك الرسم، وإذا لم يعمل بذلك في التاريخ اليسير فكيف به في الكثير جداً كما هنا، وما سطر أعلاه في الشهادة على الخط هو الحق الذي لا محيد عنه، ولكن مسألتنا خارجة عن محل الخلاف، لأن مسألتنا الشاهد الواحد لم يبين ولم يعرف، فلا يتأتى الإعذار فيه للمشهود عليه الذي هو أمر لا بدَّ منه إجماعا، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج وفَّقه الله بمنِّه. (هـ).

ومن جواب له أيضا ما نصه : الحمد لله، إن حدثت بسبب المصاهرة ملاطفة بين الشاهد والمشهود له، وثبت ذلك بطلت الشهادة، وإن لم يكن إلا ما ذكر في السؤال أي مجرد المصاهرة فلا، والله أعلم. اﻟﺦ...

وسئل أيضا عن شاهدي رسم وهما من العوام الذين لا يقرؤون ولا يكتبون بأيديهم البتَّة ولا يفهمون شيئا من مسائل العلم لا من باب الشهادات ولا من غيرها، وإنما تلقِّي منهما ما شهدا به، فزكيا وأدَّيا، ومات أحدهما قبل الاستفسار وبقي الآخر قائم الحياة، هل تبطل شهادة الميت لتعذر استفساره بموته ويستفسر الحي أو لا تبطل شهادة الميت ويعمل بشهادة الحي من غير استفسار. اﻟﺦ...

فأجاب : الحمد لله، من المعلوم المُقرر الواضح أن العامِّي لا يقبل منه مطلق الأداء. قال في الفائق : لا يقبل من العامِّي مطلق الأداء إذا كان أُمِّيا حتى ينص الشهادة نصا لا احتمال فيه، ويُبيِّنها بيانا لا إجمال فيه، وإن قرىء الرسم على العامِّي فقد لا يفهم معاني ألفاظه. ومن تصفح أحوال العوام في هذه الشهادة عرف أنه لا بدَّ أن يشترط في أدائهم ما قدَّمناه، من أنه لا يكتفي من أحدهم في الأداء بأن يقول: هذه شهادتي حسبما تقدم. (هـ). ثم قال بعد كلام ما نصه : متلخص من هذا كلِّه أن اكتفاء القاضي من العوام بمطلق الأداء باطل، أن ردَّه الاستفهام الى المبرزين، خطأ صُراح، فيجب رفض هاتين الطريقتين المفضيتين إلى الخروج عن القواعد. (هـ) منه. إذا تقرر هذا علم أن الأداء في النازلة قد وقع بإخبار القاضي بذلك، وهو محمول أنه وقع على الصواب. فقد نصَّ في نوازل

المعاوضات من المعيار على أن فعل القاضي محمول على الصلاح والسَّداد حتى يعلم خلافه، ووقع النص على ذلك في الأداء بخصوصه. قال أبو سعيد بن لب أثناء جواب له ما نصه : والأصل في الأداء أنه موكول إلى أمانة القضاة، ولكن الشهادة عليه إبراء لهم ودَرْءٌ للتهم عنهم. (هـ) من الفائق، ويبقى النظر في الاستفسار، ولا شك أنه مطلوب من العامِّي كما يطلب من اللفيف، لكن محله حيث يكون في الرسم لإجمال أو احتمال،أو تطول فصوله كما نص عليه غير واحد. قال العقباني أثناء جواب له عن المسألة ما نصه : وسببه إمَّا إجمال أو احتمال عند القاضي في كلام الشاهد،فيتلطَّف الحاكم في زوال ذلك. (هـ) من الفائق، وفيه قبل هذا ما نصه : وتبيَّن لكم حكم ما سألتم عنه، وأن الشاهد لا يلزمه أداء ثان عند القاضي بعد أن أدى عنده على نص الرسم، ولا إجمال في شيء من فصوله، وكذلك عند غيره من القضاة،إذا ثبت عنده أنه أدَّى عند من قبله أداء لا إجمال فيه، فيجب على القاضي الاكتفاء بالأداء الأول. (هـ) منه. فتحصل من هذا أن النظر في النازلة أعلاه للقاضي، فإن كان حصل عنده أولا ما شرطه الأئمة في أداء العامِّي، فشهادة الميت صحيحة والحي كذلك من غير طلب استفسار، لأن الرسم لا إجمال فيه ولا احتمال، وإلا ألغى شهادة الميت واستفسر الحي،والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج وفَّقه الله. (هـ).

وسئل أيضا عن نساء شهدن بأن فُلانة أمَّنت عند أختها فلانة كذا وكذا من الحوائج وبَيَّنَّ ذلك، ثم عند استفسار الشهود لهنَّ خالفن ما بيَّنَّ قبل ذلك.

فأجاب قدَّس الله روحه : الحمد لله، كل من خالفت شهادتها منهنَّ بطلت شهادتها، وسواء كانت المخالفة بشيء كثير أو قليل،والله أعلم. قاله وكتبه محمد بن أحمد الحاج وفَّقه الله. (هـ).

ومن خط بعض القضاة الذين لهم دراية بالنوازل، ناقلا من خط الشيخ سيدي أحمد بن العلامة سيدي محمد بن الحسن الجنوي ما نصه :

الحمد لله، قد أفتى شيخنا (أي الرهوني) بما للزقاق (أي من قوله) وإلَّا

فبالْحَلَا، وذكر في الفائق كما في الهامش بعده، فأثبت الخصم المشهود بصفته عدم وجود الصفة المشهود بها فيه، وطلب من الشيخ رحمه الله إعادة الفتوى.

فأجاب : الحمد لله، الذي يقطع النزاع في المسألة إحضار المشهود عليه لدى القاضي العدد الكثير من العدول وغيرهم بالمجلس المذكور وتأملهم في ذلك، فإن تحقق أن تلك الصفة مخالفة ومُباينة للصفة التي في الرسم مخالفة لا يشك فيها ألغى تلك الشهادة وأبطلها، ولم يُفد الأداء على عينه قطعا، والاستفسار المشار اليه بِطُرته يرجع فيه أيضا الى نظر القاضي، وشهادة الشاهديْن أعلاه لا تكفي، وكذا شهادة من هو أكثر منهما ما لم يكْثُرْ جِداً كما هو مقرر بمحلِّه، والحاصل أن الذي يرفع النزاع هو ما ذكرناه، فالقاضي ينظر في ذلك ويريح الخصمين من شِدَّة التعب والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج وفَّقه الله. (هـ).
وما أشار اليه من قوله وذكر ما في الفائق كما في الهامش بعده هو كذلك بالهامش المشار إليه بخط أخيه الفقيه العالم العلامة سيدي محمد بن محمد الجنوي مع زيادة ونصه :

وفي اختصار ابن هارون في الباب الأول في الورقة الثانية عن ابن خويز منداد ما نصه : والصواب في المجهول أن ينعت بنعته ثم يكتب اسمه واسم أبيه وقبيلته، ثم إن كان حاضرا عند الأداء قطع عليه الشهادة وإن كان غائبا شهد على صفته. وذكر في الفائق أن المشهور أنه لا يكتفي بالتحلية، ومثله أيضا ففي تبصرة ابن فرحون، واعترضه سيدي الحسن ابن رحال في شرحه قائلا: في هذا المشهور نظر، وعلى تسليمه فالعمل على خلافه من الأئمة. راجعه. (هـ).

وأجاب (أي الرهوني) أيضا عن مسألة : الحمد لله، الرسم حوله خال من ذكر المعرفة والتعريف أو ما يقوم مقامهما، باعتبار المُقِر والمُقر له، فلا بدَّ من استفسار الشاهدين إن كانا حيَّيْن عن ذلك، فإن أجابا بما يقتضي الصحة صحَّ الرسم حوله وإلَّا بطل، وإن تعذر سؤالهما لموتهما أو غيبتهما، فإن أُثبت المُقر له ذلك أي معرفتهما للمُقِر والمُقر له بشهادة غيرهما فذاك، وإلا جرى فيه الأقوال الثلاثة المذكورة عند ابن عرفة وغيره إلغاؤها مطلقا، واعتبارها مطلقا، والتفصيل بين

أن يكون الشاهد معروفا بالضبط والتَّحري فتُعتبر وإلا فتُلغى، وأين من هذه صفته اليوم، والله أعلم. قاله وكتبه محمد بن أحمد الحاج وفَّقه الله. (هـ).

وسئل أيضا عن شاهد كتب في الوثيقة أن فُلانا دفع لفُلان كذا قنطارا من حديد قائلا : إن الحديد المذكور من مَّال الذِّمي فُلان.إلخ... ثم عطف آخر على شكله، ثم إن المشهود عليه تأمَّل الرسم فوجد الجملة المذكورة فأنكرها كل الانكار وراجع الشاهديْن، فثبت الكاتب على شهادته، ورجع العاطف عن الجملة المذكورة فقط، وذلك بعد أداء الشهادة لدى القاضي كتابة بطرف الرسم لا بحضوره لديه وقبل الحكم، فهل يلزمه لأجل رجوعه أدب قولا أو فعلا؟ وعن أداء الشهادة كتابة كما يفعله الشهود في هذا الزمان، هل لَّه مدخل في الجواز أم لا يقبل إلا بحضوره مع نطقه أو إشارة مفهمة، جوابا شافيا. الخ...

فأجاب : الحمد لله، لا أدب على الراجع قبل وقوع الحكم بها ولو أدَّى الأداء المعتبر، فكيف بالأداء كتابة الذي هو كالعدم، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج وفَّقه الله. (هـ).

ومن كناش الفقيه النوازلي سيدي العربي الزرهوني ما نصه :

قد سئلت مع الغير عن شهادة شاهديْن ذكرا من عرف لهما بالمرأة المشهود عليها.

فأجبت:بأن شهادتهما ساقطة لقول ابن عرفة: الذي عليه العمل عندنا، إن عيَّن الشاهد من عرَّفه بالمشهود عليه، فالشهادة ساقطة، وصارت كالنَّقل، والله أعلم. وكتب محمد العربي تغمَّده الله برحمته. (هـ). ووقَّع الغير على ذلك تصحيحا. (هـ).

ومنه أيضا **وقع الجواب** عن وصية في رسمها اختلال من وجوه بما نصه :

الحمد لله، الوصية المنتسخة أعلاه لا يقضى بها، ويتعيَّن إلغاؤها لعدم تأدية شاهديها، والشهادة إنما تظهر فائدتها ويعمل بمقتضاها بالأداء، ومتى لم تؤد فهي كالعدم، فلذا اعتبر زمن الأداء لا زمن التَّحمل، كما في التحفة وغيرها، ولأن أحد شهيديها

شهد لنفسه بكثير ولغيره بوصية، فشهادته لا تقبل للتُّهمة كما في المدوَّنة والمختصر، والوصية للوارث باطلة، وبالنظر لا بد فيها من عدلين كما للزرقاني، والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته.

ومنه أيضا **وأجبت** عن مسألة تظهر من جوابها بما نصه :

الحمد لله، التعريف أعلاه لا يصح شرعا، أما الشاهد الأول فلأنه حاضر، والرفع على الخط إنما يقبل إذا كان الشاهد ميتا أو غائبا غيبة بعيدة كما في المختصر والتحفة وشروحهما وهو المشهور في المذهب، وأما الثاني فإن الذي للأئمة أن يقول الرافع : أوقعها المُعَرَّف في حال العدالة وقبول الشهادة، ولم يزل على ذلك في علمه إلى أن مات أو إلى الآن، فلا يكفي قول المعرف والعاطف عليه. ولم يزل على ذلك في علمه إلى الآن. ونقل ابن فرحون في وثيقة المتيطي في الشهادة على خط الشاهد وفيها، ويعرفون مع ذلك أنه كان بوسم العدالة وقبول الشهادة في تاريخ الشهادة المذكورة وبعدها إلى أن توفي أو إلى أن غاب الخ... ونحوه في وثيقة ابن سلمون وفي حلي المعاصم وشروح المتن عند قوله : وتحملها عدلا، والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني. (هـ).

قلت : ويقرب من هذا ما كنت سئلت عنه وهو أنه هل يرفع على شهادة الشاهد المعزول ويحكم بها أو لا ؟

فأجبت : الحمد لله، يشترط في صحة الرفع على الشهادة أن يقول الرافعان : أوقعها المرقوع على خطِّه بِوَسم العدالة وقبول الشهادة، ولم يزل على ذلك في علمهما إلى آن مات آو غاب، وهذا غير ممكن في العدل المعزول، فالرفع على خطه كالعدم. قال في التوضيح : لا تجوز الشهادة على خط الميت أو الغائب حتى يقول الشاهد إنه كان في تاريخ الشهادة عدلا، ولم يزل على ذلك إلى أن توفي، احتياطا من أن تكون شهادته سقطت بجرحة أو كان غير مقبول الشهادة. (هـ). وقال المتيطي في كيفية الشهادة على خط الغائب: إن الشهود يعرفون أنه كان بوسم العدالة والقبول في تاريخ الشهادة أو بعدها إلى أن توفي. قاله مالك، خوف أن تكون شهادته سقطت بجرحة أو كان غير مقبول الشهادة. (هـ). وقال ابن عرفة بعد نقل كلام المتيطي ما نصه قوله : إلى أن توفي، قيل: الصواب

إلى حين الشهادة على خطه لجواز ثبوت تجريحه بعد موته ممَّن أعذر له في شهادته، ورُدَّ بأن ثبوت جرحته بعد موته يثبتها عليه قبل موته، فاستمرار عدالته إلى موته ينفي ما ينتفي بقوله إلى حين الشهادة على خطِّه. (هـ). وقال ابن فرحون نقلا عن ابن راشد : جرت عادة القضاة أن يأمروا الشهود أن يكتبوا في الشهادة على الخط، وأنه كان في حين إيقاع الشهادة بوسم العدالة وقبول الشهادة إلى أن توفي على ذلك، وذلك حسن إذا لم يكن القاضي يعرف عدالة المشهود على خطِّه، أما إذا كان يعرف عدالته أو كان يشهد بين الناس إلى أن توفي أو غاب، فيكتفى بأن يشهد عنده أن هذا خط فُلان، وكذلك رأيته في بعض الكتب وفاوضت فيه بعض قضاة الجماعة فقال به. (هـ). وفي ابن سلمون عن ابن الحاج أن بعض القضاة شاور الفقهاء في الشهادة على الخط، فقالوا إذا شهد أن ذا الخطِّ مات على العدالة، فالشهادة جائزة، فقال: هذا نقصان حتى يقول الشاهد إنه يوم وضعها كان عدلا، لئلا يكون وضعها وهو فاسق، ولو كان حيا يوم الأداء لم يؤدها، فرجعوا إلى الصحيح من قوله. (هـ). تأمَّل هذه النصوص ففيها الشفاء إن شاء الله والسلام. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن شهادة رجلين معزولين عن منصب الشهادة لتعاطيهما ما لا يليق بها، فرفع عدلان على خطهما، وقالا أنَّهما في تاريخ الشهادة المذكورة كانا منصوبين لها إلى أن عُزلا عنها لموجب، وخاطب القاضي على الرفع المذكور.

فأجبت : الحمد لله، حيث كان شهيدا الوصية معزولين عن خطة الشهادة لتعاطيهما ما لا يليق بمنصبها كما هو مشهور أو متواتر فلا يقضى بشهادتهما اتفاقا، إذ لا بدَّ في شهيدي الوصية وغيرها من العدالة، لقوله تعالى : « وأشهدوا ذوَيْ عدل منكم ». وفي المعيار، سئل أبو العباس بن حيدرة عن شاهدين شهدا في رسم (أي رُفع على خطهما) رفعا عند القاضي وثبت الرسم بعدول، ثم خاطب القاضي عليه، ثم رُفعت يد الأصول بجرحة، فأجاب بأنه لا يعمل بها. (هـ). وهو صريح في عين النازلة، بل النازلة أحروية، لأن مسألة المعيار

رُفعت يدهما من الشهادة بعد خطاب القاضي، والنازلة هنا رُفعت يدُهُما منها قبله. وفي التبصرة لابن فرحون ما نصه في المقنع لابن بطال : إذا شهد الشاهد ثم حدث منه زنى أو قذف أو شرب خمر أو غير ذلك ممَّا يجرحه سقطت شهادته إلا أن ينفذ القضاء بشهادته قبل أن يصير الى ذلك فيُنفذ الحكم. (هـ). وهو صريح في عين النازلة أيضا، ونحوه قول ابن الحاجب : لو حدث (أي الفسق) بعد أداء الشهادة بطلت مطلقا، كان مما يستتر به كالزنى أولا كالقتل. (هـ). وأشار له في المختصر عاطفا على ما تبطل به الشهادة، فقال ولا ان حدث فِسق بعد الاداء الخ... ونصوص العلماء بهذا المعنى كثيرة، بل نص في المختصر على نقض حكم القاضي بشهادة الفاسق، إذا حكم بها وهو غير عالم بفسقه، فقال عطفا على ما ينقض فيه حكم القاضي، «أو ظهرأنه قضى بعبدين أو كافرين أو صبيين أو فاسقين»، قال أبو علي في شرحه : إنما عبَّر بظهَرَ ليبيِّن لك أنه أولا إنما حكم بها على أن لا مانع بهما.الخ... وفي المختصر أيضا :«ونقض ما خالف قاطعا أو جَلِيَّ قياس. قال الزرقاني في مثال ما خالف القياس الجلي ما نصه : كالحكم بشهادة الكافر على مثله أو على مسلم مع علم القاضي بذلك، فينقض، قياسا على الفاسق، لأن الحكم بشهادة الفاسق لا يجوز، فالكافر أشد فسقا منه. الخ... وأما الرفع المذكور على الشهادة المذكورة فخطأ صُراح، لأمور: منها أَن الرفع إنما يكون على خط العدول لا على خط غيرهم كما قال أبو زيد الفاسي :

وارفع على العدول قط في العادة إذ غيرهم لا يكتب الشهادة

قال في شرحه : جرت العادة أن لا يشهد في الرسم غير العدول، وأن لا يرفع إلا على خطوطهم، وأما غيرهم فلا يرفع على خطه وإن كان مشهورا. (هـ). ونحوه قول اليزناسني على قول التحفة : وخط عدل مات أو غاب اكتفى... البيت، ما نصه : يفهم منه أن الشاهد إذا كان لا تقبل شهادته لا يشهد على خط شهادته. (هـ). وقال الشيخ التَّاودي أيضا : مفهوم عدل أن غير العدل لا يشهد على خطه. (هـ). تأمَّله. ومنها أنه يشترط في المرفوع على خطِّه الموت أو الغيبة البعيدة كما نص عليه في المختصر بقوله : «وخط عدل مات أو غاب ببعد»، الخ...

ونحوه في التحفة وابن الحاجب. قال في التوضيح : فُهم منه أنها لا تجوز على الحاضر أو الغائب القريب الغيبة. (هـ). وصرح به أيضا المحقق السجلماسي في شرحي العمل المطلق، والفاسي. ومنها أن قول الرافعين كانا في التاريخ أعلاه من العدول، الخ... باطل لأن المعتبر في الشهادة وقت أدائها لا وقت التحمل، كما قال في التحفة :

وزمن الأداء لا التحمُّلِ صحَّ اعتباره لمُقتض جلي

قال شراحها : إنما اعتبر وقت الأداء لا وقت التحمل، لأن روح الشهادة وثمرتها هو أداؤها. ومهما لم تؤد فهي كالعدم. (هـ). ومنها أنه يجوز في هذه الشهادة أن تكون إنما كتبت إلا بعد العزل وقدِّم تاريخها، لأن العدالة التي تمنع من ذلك مفقودة، فيكون لا فائدة لعزل من ظهرت جرحته سوى أنه بعد العزل يحتاج الى الرفع على شهادته، وقبل ذلك لا يحتاج. قال المحقق السجلماسي في شرح العمل الفاسي : لا وثوق لنا في القاضي المعزول مع فقد الشهادة بأنه كتب خطابه قبل، إذ يحتمل أن يكون كتبه بعد ذلك، ولا سيما إن كان عزله لسخطة وفسق ظهر عليه، فإن العدالة التي تمنع من ارتكاب هذا منتفية عنه. ثم قال : وبعد مدَّة أخبرني الفقيه العلامة سيدي أحمد بن عبد العزيز (أي الهلالي) أنه تحقق عنده من حال بعض قضاة الوقت الذين شاهدهم أنه كان يخاطب بعد عزله على الرسوم، وربما وضع علامته لبعض الناس في كاغيد أبيض يكون عنده عدَّة ليكتب فوق العلامة ما شاء، فيكون خط القاضي المعزول خطابا على الرسم قبل كتبه، ويوهم أنه كتبه في حال الولاية، فإنَّا لله وإنَّا إليه راجعون. (انتهى) باختصار والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني الحسني العمراني لطف الله به. (هـ). ووافق على هذه الفتوى جماعة المفتين بفاس في الوقت، ووقع الجمع على النازلة من الفقهاء بإذن القاضي، فانفصل الحكم فيها على بطلان الشهادة المرفوع عليها والله الموفق.

وأجبت عنْ مسألة بما نصه : الحمد لله، حيث رجع شهيدا الوصية عن شهادتهما قبل الحكم بها كما بيد حامله، فقد بطلت وبقيت بلا شهادة،

بل لمجرد الدعوى فقط فلا تقبل. قال في اختصار المتيطية : وإذا رجع الشاهد عن شهادته قبل الحكم وقال : شبِّه عليَّ، لم يقض بها. (هـ). ونظمه في التحفة بقوله.

وراجعٌ عنها قبوله اعتبِرْ ما الحكم لم يمض وإن لم يعتذِرْ

قال سيدي عمر الفاسي في شرحها نقلا عن سحنون : إذا استقال الشاهد قبل القضاء أو بعده، وادَّعى أنه غلط ثم تذكر، أو شبه عليه، قُبِلَ قوله. الخ.). ابن رشد : إذا كان ذلك قبل القضاء فلا خلاف في قبول قوله. (هـ). والنصوص في النازلة كثيرة، وهي دالة على بطلان الوصية المشار اليها. وعلى تسليم أنهما لم يرجعا فتبطل أيضا من جهة أن شهيديها أدَّياها عند غير قاضي بلدهما، فقد نصوا على أن ذلك من مبطلات الشهادة، وتبطل أيضا حيث أنكر القاضي الذي أدِّيت عنده ونائبه علامتيهما في الأداء، وقالا إنه مزور عليهما لأنها تبقى بلا أداء. والحاصل أنه لا عمل على تلك الوصية، والله أعلم. وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

وأجاب ابن التهامي الوزاني بما نصه : الحمد لله، من المقرر المعلوم أن رسوم الأشرية لا تفيد الملك بمجرَّدها ما لم يثبت الملك للبائع بشروطه، فإذا ثبت ملك البائع إلى أن اشترى منه المشتري، فحينئذ تكون رسوم الأشرية حجَّة. قال العلامة الرهوني لدى قول المختصر لا بالشراء ما نصه : عدم العمل ببيِّنة الشراء محله إذا لم يثبت الملك للبائع بشروطه واستمراره الى أن باعه لهذا المشتري. وأما إذا ثبت ذلك بشهادة شاهدي الشراء أو غيرهما فإنه يقضى بذلك وينزع الشيء من يد حائزه، إلا أن يقيم هو أيضا بيِّنة الملك فيكون من التعارض فيحكم له بحكمه. (هـ). وهو صريح في نازلتنا، إذا تقرر هذا وثبت ملك البائع لهذا المدَّعي ثبت ملك المشتري قطعا ونزع الشيء المتنازع فيه من يد حائزه، فإن أدلى بملكية فليعط لخصمه فيها نسخة لتظهر أسباب الترجيح حسبما تقدَّم صريحا في النص المذكور. وعليه فما سطره المفتيان أعلاه منصوب في غير محله، إذ محله حيث لم يثبت ملك البائع، واتصل الى أنْ بَاعَ، ومسألتنا فيها ثبوت ملك البائع حسبما بيد ماسكه، والكمال لله. وقيده محمد بن التهامي الوزاني كان الله له. (هـ).

وسئلت عن امرأة ماتت بتطوان فشهد عدلان وخمسة وعشرون رجلا بأن عصبتها فُلان وفُلان لا وارث لها سواهما في علمهم،إلخ... ثم رجع أحد العدلين عن ذلك واستبدل بآخر من السماط أيضا، فبحث في ذلك أبو المواريث ونازع في ثبوت التعصيب بما ذكر، ورفع القضية للسلطان نصره الله، فكتب لقاضيي فاس يسألهما عن وجه ثبوت التعصيب بما ذكر فأوقفاني معا على كتاب السلطان وأمراني بالجواب عنه.

فأجبتهما : الحمد لله، الى القاضيين فُلان وفُلان، سلام عليكما،الخ... وبعد، فقد تفهَّمنا في رجوع أحد الشاهدين عمَّا كانا شهدا به أولا من التعصيب لما ذكرتم من أن سيِّدنا نصره الله أمر بذلك، فألفينا أنه جعل مكانه عدلا آخر من المنتصبين للشهادة،وأخبر قاضي بلدهم أنه يدرس العلم عندهم بتطوان، وعليه فلا إشكال في اعمال شهادة الشاهدين بذلك، لأن الموت والاراثة يكفي فيهما شهادة العدلين قطعا، على أن النزاع هنا إنما هو في هذا النسبَ لأجل المال لا لثبوته في حد ذاته،. وقد نص في المختصر على أن العدل الواحد كافٍ في ذلك مع اليمين، وأيضا الخمسة والعشرون ليسوا من اللفيف، لأنهم كتبوا الشهادة بخط أيديهم وخاطب القاضي عليهم، فهم حينئذ عدول،لأن اللفيف لا يكتبون بأيديهم كما هو معلوم،والسلام. المهدي وفقه الله. (هـ).

وسئلت عن رجل يملك بلدة مدة طويلة نحو السبعة والأربعين عاما بين مدَّته ومدَّة البائعين له، ثم قام رجل الآن وادَّعى أن لجدَّته في البلدة المذكورة الثمن في نحو ثلثها،وليس بيده ملكية لهذا الثُمن، نعم أقر له بعض البائعين بالشراء من أبيه على عين جدَّته، فكلفه القاضي بإثبات الشراء من أبيه فعجز عن اثباته، فهل يحلف هذا القائم،ويستحق الثمن المذكور أم لا ؟؟

فأجبت : الحمد لله، حيث نسب هذا القائم الثمن المذكور لجدَّته فلا تسمع دعواه ولا ينظر في صحتها أو بطلانها إلا بعد إثبات موت الجدَّة وعدَّة ورثتها وتناسخ الوراثات حتى انحصر أمر الجدّة فيه، ثم بعد ذلك يسأل المدَّعى عليه الى آخرِ ما هو معلوم من شروح الزقاقية في قولها :

ومن يدَّعي حقا لميت ليثبتن له الموت والورَّاث بعدُ لتفصلا

قال في الطُّرر نقلا عن المشاور : لا يوقف المدَّعى عليه على الجواب إلا بعد إثبات المدَّعي موت من يقوم عنه، وعدة ورثته وتناسخ الوراثات، فإن لم يثبت ذلك لم يكن له يمين على المطلوب. (هـ). وقال في التبصرة من الدَّعاوي : إذا ادَّعى رجل على آخر ديْنا من قبل أبيه الميت أو موروثه فيلزم أن يثبت موت موروثه وعدة ورثته، ليعلم ما يستحقه ممَّا يدَّعيه، ثم ينظر في صحة ما يدَّعيه. (هـ). وأما إقرار بعض البائعين بالشراء من أبيه على عين جدَّته ولم يثبته. الخ... فلا يعمل به، بل هو ساقط غير معتبر، إذ لا مِلك له الآن حتى يقرَّ به، فيتَّهم على ارادة نقض البيع الصادر منه، فإقراره كالعدم. نعم إن عجز عن اثبات الشراء وحلف القائم فيغرم له قيمة الثمن المدعى به. ففي الحطاب عند قول المختصر : «وملك غيره على رضاه» ما نصه : التنبيه التاسع : لا يفيد إقرار البائع بعد البيع بالتعدي. ففي كتاب الغصب من المدوَّنة ما نصه : ومن باع أمَة ثم أقر أنه غصبها من فُلان، فلا يصدَّق على المبتاع ويضمن لربها قيمتها يوم غصبها إلا أن يشاء ربها أخذه بالثمن فذلك له. (هـ). ومثله في حاشية الرهوني بالمحل المذكور، ونقله أيضا الشريف العلمي في نوازله عن ابن حجو. والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، من المقرر المعلوم أن من ادَّعى شيئا لميت لا يكلف المدَّعى عليه بالجواب، حتى يثبت المدَّعي الموت وعدة الورثة حسبما هو مذكور في لامية الزقاق، وأصله لابن سهل، وابن رشد في أجوبته والمتيطي في نهايته، وغير واحد. ثم بعد الاثبات يكلف الحائز للشيء المدَّعى به بالجواب، فإن قال: حوزي وملكي اكتفيَ منه بذلك ولم يلزمه أكثر من ذلك كما في أجوبة ابن رشد، ونقله أبو حفص الفاسي، وهو من الوضوح بمكان، وإقرار البائع بعد البيع ملغىً كما في كتب النوازل والأحكام، كالمتيطية واختصارها، ونوازل العلمي، لاتهامه على قصد اضرار المشتري نعم يلزمه الإقرار في خاصة نفسه فيغرم ما أقر به، والمسألة من ضروريات المسائل. وفيما أشرنا اليه مع ما سطَّره المفتي أعلاه كفاية. وقيَّده محمد بن التهامي الوزاني

كان الله له. (هـ).

مسألة. ابن عرفة: شرط قبول خطاب القاضي صحته ولايته ممن تصح ولايته بوجه احترازه من مخاطبة قضاة أهل الدجن (أي المسلمين الذين استولى عليهم العدو) كقاضي مسلمي بلنسية، وقال قبل ذلك: لم يجعلوا قبول العدل الولاية للمتغلب جُرحة لخوف تعطيل الأحكام. (هـ). وقال سيدي بن علال رحمه الله: إذل استولى الكفَّار على اقليم فقدَّموا قاضيا على المسلمين فلا أذكر نصّاً لأهل المذهب. وقال عز الدين ابن عبد السلام: إذا ولَّوا قاضيا فالذي يظهر إنفاذ ذلك، جلباً للمصالح العامَّة ودرءاً للمفاسد التَّامَّة.إلخ... أنظره في المواق. وقال حلولو في اختصار نوازل البرزلي: وإن ولَّاه الكافر لِمَّا لطلب الرعية له أو إقامتهم إيَّاه للضرورة إلى ذلك، فلا يقدح في حكمه، فإن أهل المكان يقومون مقام السلطان عند فقده، وأقيم، ومن المدونة وعن مطرف وابن الماجشون: إذا خرج باغ على الإمام وغلب على بلده فولّى قاضيا عدلا، فأحكامه نافذة، انتهى.

وفي نوازل ابن طركات من جواب لسيدي عبد الله العبدوسي في رسم يأتي من بلد النصارى بشهادة المؤمنين الساكنين ببلد النصارى ما نصه: إن كان سكناهم هناك اختيارا منهم، فلا شك أن ذلك كبيرة عظيمة توجب إسقاط شهادتهم، لأن المقام بين أظهر الكفار مع القدرة على الهجرة عنهم حرام بإجماع. قال رسول الله ﷺ: أنا بريء من كل مسلم مقيم مع المشركين، فأما إن منعوا من الخروج عنهم إلا بترك أموالهم من غير خوف على انفسهم ولا على أهليلهم فإنه يجب عليهم الخروج بتسليم أموالهم إن كانوا يبقون لهم منها ما يبلغهم الى أرض الاسلام، وأما إن كانوا يخافون على أنفسهم أو على أهليهم فإنهم يجوز لهم المقام عندهم ولا يكون جرحة في شهادتهم، وأما القاضي الذي هنالك فإن قدَّمه جماعة المسلمين الذين هنالك جاز حكمه وجاز العمل على خطابه، إن ثبت تقديمهم له، وأُنه خطه لأن الجماعة تقوم مقام السلطان عند تعذره في كل شيء، وأما إن قدمه سلطان النصارى فلا يجوز تقديمه ولا حكمه إلا أن ترضى به جماعة المسلمين طوعا منهم لا كرها فيجوز حكمه، كما إذا قدموه أولا اختيارا منهم فالاعتبار بتقديمهم لا

بتقديمه، ثم إذا صح تقديمه فقدَّم عدولا مبرزين للشهادة بين الناس، جازت الشهادة على خطوطهم بشرط جواز الرفع على الشهادة. (هـ).

وسئل المازري عن ذلك،

فأجاب بما معناه : إن المقيم بدار الحرب إن كان اضطرارا فلا يقدحُ في عدالته، وكذا إن كان اختيارا جاهلا بالحكم معتقدا للجواز أو متأوِّلا تأويلا صحيحا، مثل إقامته بدار الحرب لرجاء هدايتهم. وأشار إليه الباقلاني كما أشار أصحاب مالك الى جواز دخول دار الحرب لفك الأسير، وكذا إن كان تأويله خطأ فإنه يكون عند عالم وصوابا عند آخر، وأما لو أقاموا اختيارا من غير تأويل، فإن ذلك يقدحُ في عدالتهم. وقد اختلف في الداخل لبلدهم للتجارة في شهادتهم واختلف في تأويل المدوَّنة والمقيم فيها أشد، فمن ظهرت عدالته وشك في وجه إقامته فالأصل عذره، لأن أكثر الاحتمالات تشهد لعذره فلا تترك لاحتمال واحد إلا أن يكون هناك قرائن تدل على الاختيار. (هـ).
فالأصل عذره، لأن أكثر الاحتمالات تشهد لعذره فلا تترك لاحتمال واحد إلا أن يكون هناك قرائن تدل على الاختيار. (هـ).

ومن كناش الفقيه المحقق النوازلي سيدي العربي الزرهوني ناقلا عن الفقيه سيدي أحمد اليعقوبي الشهير بالملوي ناقلا من خط بعض الفقهاء ما نصه :

وقع السؤال عمَّن أقام برسم تضمَّن تعمير ذمة غيره، مؤرخ بعام تسعة وثلاثين ومائة وألف، وعطف عليه عدل في ذلك فأثبت المقوم عليه أن الشاهد الأول مات عام سبعة وثلاثين ومائتين وألف، فوقع السؤال بعد تزوير الشكل الأول، هل تبطل شهادة العاطف أم لا ؟

فأجبت : الشهادة باطلة، لما عرا شهادة العاطف من الاحتمال لأنه لا جائز أن يكون سابقا للمعطوف عليه في الرسم، كما لا جائز أن يكون لاحقا في غير تاريخ الوثيقة أعلاه على سبيل الاستقلال، إذ لو كان كذلك لقيد وقت إشهاد المشهدين له فيقول مثلا: أوقعها بتاريخ كذا كما هو الشأن في العاطف إن تأخر

وضع شهادته عن مضمن الوثيقة وإلا كان كذِبا حسبما في الفائق عن ابن عتّاب، فتعيَّنت المعية والمصاحبة المستلزمة كذبه بثبوت وفاة صاحبه قبل التاريخ المذكور، ولا يخفى رُجحان شهادة شاهدي وفاة صاحبه المعطوف عليه قبل، على مضمَّن ما يقتضيه معيته، وفي هذا من الريبة ما لا يخفى، وكتب أحمد بن محمد الصبيحي، وبعده، الجواب أعلاه صحيح. وكتب محمد بن أحمد الزيزي، وبعده ما قيد أعلاه صحيح. وكتب محمد بن الحسن بن رحال وبعده، وبسقوط شهادة العاطف أعلاه يقول أبو القاسم بن سعيد العميري، وبعده وبمثله يقول علي بن عبد الواحد بوعنان. (هـ).

ومن الكناش أيضا قد كنت أفتيت وتبعني الغير بصحة شهادة بملكية وشهودها غرباء زكّاهم من يعرفهم ثم زكّيَ المزكي لهم بمعروفين.

فأجبت بأن الشهادة صحيحة، وأنه لا يضر التعديل بغير أولي التبريز، لأن ذلك سائغ في الغرباء كما أفاده قول ابن عاشر.

تعديل احتاجَ لتعديلٍ هبا إلَّا مُزَكِّي امرأة أو غُرَبا

والمراد بالغريب هنا هو من ليس من أهل البلد الذي وقعت فيه الشهادة، على ذلك حمل غير واحد من شروح المتن، كابن مرزوق وأبي علي قوله: إلا الغريب، ونص الأول بعد كلام، وأما إن كان الشاهد الأول غريبا، ليس من أهل البلد الذي شهد فيه، فإنه يجوز أن يزكيه عند الحاكم من لا يعرفه الحاكم إلا بتزكية أخرى، لأن كونه غريبا يدعو إلى ذلك، إذ قد لا يعرفه في تلك البلدة غير الذي لا يعرفه الحاكم، وهذا معنى قوله : إلا الغريب. (هـ). ونص الثاني بخلاف الغريب الذي ليس في أهل البلد، فيقبل في تزكيته من ليس معروفا عند القاضي إذا كان ثمَّ من يعرفه بالعدالة ويخبر بها القاضي، قاله في المدوَّنة. (هـ)، وهو كاف في المراد، والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته. (هـ). ومنه أيضا قد كنت أجبت عن التَّزكية باللفيف بما نصه : الحمد لله، التزكية بالفرع أعلاه لا تفيد المتمسِّك بها شيئا لوقوعها بعوام الناس، وذلك غير معتبر في الشرع، إذ المشهور المعمول به أن التعديل لا يكون إلا من أولي التبريز. ففي التحفة :

وشاهد تعديلُهُ باثـــنين كذاك تجريـــحٌ مُبرِّزَيْـــنِ

قال ولده في شرحه : هذا هو الذي جرى به العمل ومضت عليه الأحكام. (هـ). وفي المختصر :«فطن عارف بأحوال الناس وبما يقدحُ.»(هـ). وقال شيخ شيوخنا في نظم ما به العمل :

لا بدَّ في التعديل والتجريح منْ عدلين والكل بتبريزٍ قمن

قال في شرحه : قال ابن مغيث : ولا يكون التعديل والتجريح بأقل من عدليْن مبرزيْن في العدالة، قاله أصحاب مالك وبه مضت الفتيا عند الشيوخ عبيد الله ابن يحيى،وقاسم بن محمد وغيره. (هـ) والله أعلم. وكتب محمد العربي لطف الله به. (هـ). تأمَّله.

قلت في نوازل القاضي بردلة،أنه سئل عن تزكية اللفيف للنساء،لأنهن لا يخالطن العدول المبرزين.

فأجاب : أن التزكية لا تكون باللفيف ولا تقبل من العدول،الخ... ومثله في شرح أبي علي،وذكر فيه أنه السائل للقاضي بردلة عن ذلك.

وسئل (أي القاضي بردلة) أيضا عن نحو اثنتي عشرة امرأة شهدن في استحقاق بعض الأصول ومعهنَّ ثلاثة رجال، فهل تقبل شهادتهن من غير تزكية، وتنزل شهادتهن منزلة اللفيف أم لا بدَّ من التزكية؟

فأجاب : لم أر من تعرض للمسألة ولا من حكم بذلك ممَّن شاهدنا، ولا من تعرض لذلك بالإهمال والرد، ويظهر لي أنه لا بدَّ من التزكية،والله أعلم. (هـ). ومثله في جواب لابن ابراهيم الدكالي قائلا : لا يقضى بشهادة من زكى منهنَّ في المال وما يؤول اليه. الخ...

وسئلت عمَّن أقام بيِّنة اللفيف بشيء، فعجز المدَّعى عليه وطلب تحليف المدَّعي المشهود له، فهل تجب له اليمين أم لا ؟

فأجبت : الحمد لله، المعمول به عند المتأخرين أن بيِّنة اللفيف يحكم بها

في كل شيء بلا يمين على المشهود له. قال بعض شراح التحفة : العمل على عدم اليمين مع شهادته التي كمل نصابها لأنهم لا يستندون لسماع من عدل ولا غيره، بل يستندون لإدراكهم بجوابهم. (هـ). وذكر القاضي سيدي بلقاسم العميري في شرح العمليات عن القاضي ابن سودة أنه قال : الذي أدرك العمل به أنه لا يمين مع اللفيف، وأن شهادتهم لا تختص بالأموال قائلا : بل عدم تخصيصه بها هو الجاري المعمول به في النكاح، والطلاق، والرضاع، والتسفيه، والترشيد، وغير ذلك. (هـ). ونحوه للسجلماسي في شرح العمل الفاسي ناقلا عن ناظمه. وفي شرح التسولي لقول التحفة : أو بكثير من لفيف الشهداء، ما نصه : ولكن العمل الجاري بفاس قبول شهادة اللفيف في جميع الأمور، وأن الستَّة منهم يقومون مقام العدل الواحد. وقد نص ناظمه على أن العمل جرى بنفي اليمين مع الإثني عشر، وظاهر كلامه وكلام شراحه، ولو في الدماء، لأن الإثني عشر في مرتبة العدلين، ونصفها في مرتبة الواحد، وعليه، فشهادته ليست لوْثاً فقط، بل قائمة مقام العدلين. (هـ) والله أعلم. قاله وقيَّده المهدي لطف الله به. لكن سئل الشيخ التّاودي عمَّن ادَّعى على غيره بأرض بيد المدَّعى عليه، ثم إن المدَّعي رضي اليمين بالله من المدَّعى عليه، فقال المدَّعى عليه لا أحلف، فإن لي بيِّنة تشهد لي بجميع ما ادَّعيت به، ولا أحلف مع وجود البيِّنة.

فأجبت : الحمد لله، إن كانت البيِّنة التي بيد المدَّعى عليه شاهدة بانتفاء حقِّه فيما يدَّعيه، كشراء أو نحوه أو متضمنة لذلك كالشراء من أبيه أو جدِّه أو غيرهما ممَّن يدلي بسببه، فلا يمين على المدَّعى عليه مع وجود بيِّنته، وإن كان ما بيد المدَّعى عليه من البيِّنة، لا يقطع دعوى المدَّعي ولا ينفيها، ولو شاء المدعي أن يأتي ببيِّنة تعارضها وأمكنه ذلك لفعل، فلا بدَّ من اليمين، والله سبحانه أعلم. (هـ) من خط الفقيه العدل سيدي الهاشمي بن زيزن تلميذه، فانظره ولا بدَّ.

قلت : قال الشيخ التّاودي في أجوبته : من المعلوم أن أمر اللفيف ضعيف، وأن الأصل أن لا يؤخذ أحد إلا بالعدول، لكن جرى العمل بالاكتفاء بشهادتهم إذا كانوا اثني عشر ليسوا بظاهر الجرحة ولا معروفين بالكذب، أما شهادة ستَّة من

اللفيف فلا ينبغي أن يلتفت لهم ولا أن تقبل شهادتهم مع اليمين، ولم أر من قال بقبولها ممَّن يعتد بقوله. (هـ). لكن نقل المحقق السجلماسي في شرح عمل فاس عن سيدي ابراهيم الجلالي ما نصه : العدد الذي جرى به العمل اثنا عشر لا أقل، والستة مع العدل يتنزلون منزلة العدل الثاني، هكذا كانت الأحكام جارية بالحضرة الفاسية وقت الأشياخ المقتدى بهم. (هـ). وبه أجاب أيضا العلامة ابن ابراهيم الدكالي مفتي فاس قائلا : جرى العمل أن الستَّة من اللفيف يقومون مقام العدل فيحلف معهم لكمال النصاب، والله أعلم. (هـ). وفي جواب للعلامة سيدي عبد الكريم اليازغي مفتي فاس ما نصه : الحمد لله، نصوا على أن الشاهد إذا لم يكتب شهادته بخطِّ يده فلا يقضى بها إلا بعد الاستفسار كشهادة اللفيف، وأيضا لا تكون الشهادة بالضرر عاملة حتى يقول الشهود أنه يضربها ويشتمها في غير حق، والرسم أعلاه خال من ذلك. قال المتيطي : لا تكون الشهادة بالضرب أو بالشتم عاملة حتى يقول الشهود:أنه أضرَّ بها أو ضربها في غير ذنب تستحق به ذلك. وقد نقل ابن مرزوق في اغتنام الفرصة : أن الضرب المفرط والمكرر من الاساءة يجوز إذا كانت تستاهله، وفعلت ما يوجبه، والله تعالى أعلم. وكتب عبد الكريم خار الله له. (هـ).

وسئل الشيخ الرهوني عن أم وصية على بنتها البكر من قبل أبيها بشهادة عدلين وقد كتبا شهادتهُما قبلُ، غير أنهما لم يؤدياها حتى الآن، ثم زوَّجتها أمُّها بوصيتها المذكورة فشهد عدلان بأن أحد عدلي الوصية اختل في عقله، وشهد عدلان آخران بأنه تام العقل والإدراك.

فأجاب : الحمد لله، الوصية صحيحة والنكاح المبني عليها كذلك، وشهادة الشاهدين بأنه تام الإدراك والعقل مقدَّمة على شهادة من شهد باختلاله، كما في الفائق وغيره، وعلى تسليم أنه قد اختل عقله ولم يحدث به فسق فلا تبطل شهادته إذا وجد من يشهد على خطه بشروط ذلك المقررة، لأن ضابط من يشهد على خطه تعذر أداؤه بنفسه على شهادته كما في التبصرة وغيرها، بل هذا أحرى من الغائب، لأن الغائب يمكن أداؤه لو تكلف المشقَّة وقدم أو تكلف رب الحق المشقة

فقدم لموضعه. وقد نص ابن عرفة وغيره على أن طرو الجنون على الشهادة لا يبطلها،ولا يشمل هذه الصورة قول التحفة : وزمن الأداء لا التحمل الخ..، لأن ذلك حيث يؤدي الشاهد شهادته بنفسه لا حيث يتعذر فيشهد على خطه، إذ لا بد في هذا من اعتبار وقت وضع شهادته، مع استمرار حالته على العدالة إلى وقت الشهادة، ولذا قال في المختصر : وتحملها عدلا الخ... ويقول أهل التوثيق : وأنه حين وضعها كان عدلا الخ... ما هو مُقرر عندهم،والله أعلم. قاله وكتبه محمد بن أحمد الحاج وفقه الله. (هـ).

وأجاب العلامة السجلماسي عن شهادة بحق مجهول بما نصه : فيها أمور : منها عدم بيان ما له من الارض المسمَّاة والمحدودة، هل هو شيء معروف مميز أو حظ شائع، وعلى الشياع كم هو، ومن المقرر أن معرفة المشهود به شرط في صحَّة الشهادة. وفي أحكام ابن سهل فيمن شهدوا لرجل في قاعة أنها له ولفُلان ولقوم مجهولين، إن شهادتهم ساقطة. قال : لأنهم لم يقطعوا له بشيء معروف، والحق في القاعة حق من هي بيده. (هـ) مختصرا، ومثله في الطرر : ولا مفهوم لقوله: مجهولين، وكذلك المعروفون إن لم يبيِّنوا وجه شركتهم، وكان القائم أحدهم لم يتعين للقاضي ما يحكم له به من قليل أو كثير حيث تكون الشهادة مجملة كمسألة النازلة، ومنها أن قول الشهود من غير منازع الخ..، شهادة على النفي ساقوها مساق القطع. وفي المعيار وغيره : متى شهد الشاهد في نفي العلم على البتِّ بطلت شهادته، هذا كله في الرسم الأول، وأما شهادة شاهد المثلية في الرسم الأخير، ففيها زيادة على ما ذكر أن قوله : إن المشهود لهم ورثوا الأرض يوجب أن لا تسمع لواحد دعوى فيها إلا بعد ثبوت الميت وعدَّة الورثة وملك الميت إلى أن مات على ما هو معلوم عند الأئمة. قال ابن سهل : من طلب حقا وجب له بميراث عن موروثه، لا يصح له حكم حتى يثبت عدد الورثة،وإلا لم يحكم له القاضي بشيء. (هـ) وبالله التوفيق. وكتب محمد ابن أبي القاسم لطف الله به. (هـ). وبعده، ما سطر أعلاه صحيح بفصوله كلها، وبه يقول عبيد ربه تعالى عبد الرحمن السرايري وفقه الله. (هـ). وبعده، ما سطر أعلاه صحيح، إذ لا

بدَّ في المشهود به أن يكون معروفا مميزاً عند الشاهد، وكذلك ما أشار اليه المجيب من أن القطع في محل نفي العلم مبطل للشهادة، والله أعلم. وكتب عبد الله بن محمد البناني وفقه الله. (هـ).

وأجاب العلامة سيدي عمر الفاسي عن مسألة بما نصه : الحمد لله، شهادة السماع واردة على خلاف الأصل ويعمل بها في أشياء عدَّها أهل المذهب نظما ونثرا، فيتعين الوقوف عند ذلك ولا يتعداه، والوصية بالمال. قال ابن غازي : لم أر من صرَّح بها، فمن أراد إعمال شهادة السماع فيها فليستظهر على ذلك بنص، وإلا فالوقوف مع الأصل أصل، ثم إن من شرط إعمال شهادة السماع أن يكون المشهود فيه من شأنه الاشتهار، وأن لا يختص بمعرفته بعض الناس دون بعض حتى ذكروا أن الحبس الخاص لمعيَّن لا يثبت بالسماع والوصية لمعين من هذا القبيل، ومن شرطها أيضا عدم الريبة، وأي ريبة أقوى من شهادة الجمِّ الغفير من أهل البلد والجيران والأقارب، وكلهم يعرفون المرأة المذكورة ويشهدون بنفي السماع بهذه الوصية، فالواجب طرح هذه الشهادة والغاؤها، والله أعلم. وكتب عمر الفاسي. (هـ). وبعده، الحمد لله، يكفي في بطلان الشهادة المذكورة وعدم إعمالها كلام ابن غازي المذكور أعلاه، فلا يمترى في بطلانها. وكتب محمد بن الحسن بناني. (هـ).

وأجاب ابن ابراهيم الدكالي مفتي فاس عمَّا يفهم من الجواب ونصه : الحمد لله، شهادة السَّماع بالموت أعلاه تامة، إذ تناءي البلدان يقوم مقام طول الزمان المشترط فيها، كما قاله ابن عرفة وغيره، ولا سيما حيث اجتمعا، وكذلك حصر الورثة، حيث أشير تام صحيح، والله أعلم. وكتب محمد بن ابراهيم. (هـ). وبعده، الحمد لله، ما قيد أعلاه من صحة شهادة السَّماع المشار اليها صحيح. قال في المفيد : شهادة السماع تثبت برجلين عدلين على مذهب ابن القاسم، وبه الحكم. وقال ابن هارون : وأما شهادة السَّماع في الموت فيشترط فيها أحد أمرين : اما تناءي البلدان أو طول الزمان، ونحوه لابن عرفة وابن سلمون وغيرهما، وهنا قد اجتمعا الأمران : تناءي البلدان وطول الزمان على ما به العمل. قال ابن رشد :

العمل عندنا بقرطبة على قول ابن القاسم : إن عشرين سنة طول في شهادة السَّماع، قال : وإن كان وباء قُبِل في أقل من ذلك،والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني. (هـ). وبعده، الحمد لله، ما رسم أعلاه صحيح، فإن مرور الزمان الوبائي مظنَّة لموت الشهود وانقطاع توارد الأخبار المحصلة لليقين المؤدي للقطع بالشهادة عادة، مع بُعد بلد من شد بموته. قال ابن عرفة، مقتضى الروايات والأقوال : إن شهادة السَّماع القاصرة عن شهادة البتِّ في القطع بالمشهود به يشترط فيها كون المشهود به بحيث لا يدرك القطع والبت به عادة وهو مقتضى قول الباجي، أما الموت فيشهد فيه على السَّماع فيما بعُد من البلاد، وأما ما قرب أو ببلد الموت فإنما هي شهادة بالبتِّ. (هـ)، والله أعلم. وكتب أبو بكر المنجرة. (هـ).

نص سؤال عن شهادة شهد فيها الشهود بأن فُلانة كانت تحت انفاق أخيها فُلان من ماله الخ..، مدَّة من كذا، وأن زوجها فُلانا لا يعلمون أنه أتى إليها بشيء من نفقتها ولا بعثه لها في جميع المدَّة،ومستندهم القرابة الخ..، في ذلك بعضهم،والمجاورة للآخرين الخ..، هل شهادة الشهود وهم غير مجاورين للمشهود له بالنفقة على أخته فيها استبعاد يوجب طرحها،لكون ذلك شأن الجيران أم لا ؟

الجواب بإعانة الله تعالى: أن الزوج الحاضر إذا ادَّعى الإنفاق على زوجه وأنكرت ذلك فهو المصدَّق، ولا محيد عن الحكم بأن القول قوله وغاية ما عليه اليمين ردّاً لدعوى زوجه، أما الشهادة أعلاه لا عمل عليها إذا كانت على نفي العلم، لأنها تجامعُ قول الزوج ولا منافاة بينهما مع قرب اخفاء الزوجة وصول النفقة اليها حتى عن الجيران إن احتالت على الاخفاء وحاولته، أما حيث كان الشهود غير جيران، وإن كانوا قربى نسباً فلا خفاء في عدم الاعتداد بشهادتهم لبعد علمهم، ولا تعارض هذه الشهادة بما يشهد به لزوجة الغائب عند ارادة طلاقها على العلم، لأن الزوج في هذه يدَّعي الإنفاق، وفي تلك بخلافها،والله أعلم وأحكم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى أويس وفقه الله. (هـ). وبعده، الجواب أعلاه صحيح. وكتب عبد الله تعالى عمر الفاسي لطف الله به. (هـ).

وقعت نازلة في امرأة شهد عليها جار لها معتمدا على معرفة صوتها وتكررت شهادته عليها مرارا، ومخاطبته لها في قضاء بعض حوائجها في أوقات مدَّة مديدة أنكرت أن تكون هي المشهود عليها.

فأجاب كاتبه بأعمال تلك الشهادة والاعتداد بها. ففي مختصر ابن عرفة ما نصه : وكذا الرجل يشهد على المرأة من وراء الستر وعرفها وعرف صوتها وأثبتها قبل ذلك، وكان الناس يدخلون على أزواجه صلى الله عليه وسلم بعد موته وبينهم وبينهن حجاب يسمعون منهن ويحدِّثون عنهنَّ. ابن رشد : ومثله في اللعان منها وهو مما لا اختلاف فيه في المذهب، وما احتج به مالك صحيح لا خروج لأحد عنه. (هـ). وفي مختصر المتيطية : وتجوز الشهادة على معرفة الصوت بدليل قوله عليه السلام : إن بلالًا ينادي بليل فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن أم مكتوم. وأيضا فقد أخذ الناس السنَّة عن زواج النبي ﷺ من وراء حجاب. (هـ). ويدل له جواز شهادة الأعمى في الأقوال وهو إنما يسمع الأصوات ولا يرى الأشخاص. وفي المختصر: العدل حد إلى أن قال ، وإن أعمى في قول الخ..، ومثل ما لابن عرفة عن مالك في ابن مرزوق عند قول المتن هذا،والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني. (هـ).

وبعده،الحمد لله، ما رسم أعلاه من صحَّة الشهادة بالمشار إليه واعمالها صحيح، إذ للشاهد أن يستند في شهادته على ما يستقر في نفسه من طرق المعرفة التي إحداها العقل مع الحواس الخمس التي إحداها السَّمع كما لأهل المذهب، وبسط في ذلك الكلام أبو الوليد ابن رشد، ونقل كلامه مختصرا ابن عرفة وغيره، ولذلك أجاز المالكية شهادة الأعمى في الأقوال،وخالف في ذلك الشافعية والحنفية، ودليل المالكية ظاهر شرعا وعادة كما قاله أئمتهم، ومنه حديث لا يمنعكم من سحوركم أذانُ بلال، فكلوا واشربوا حتى يؤذِّن ابن أمِّ مكتوم، ولم يكن الصحابة يفرِّقون بينهما إلا بالصوت، والإقدام على الفروج أغلظ من الشهادة بالحقوق. وقد ثبت أن للأعمى وطء زوجته وهو لا يعرفها إلا بالصوت. قاله أبو علي نقلا عن القاضي عبد الوهاب وغيره، ولا يشك عاقل أن المرء يقطع بمعرفة غيره بتكرار

السماع منه دون رؤيته كما يقع ذلك كثيرا في الشهادة على النساء إمَّا بما ذكر أو بكونها من الأقارب والجيران أو نحو ذلك من القرائن، إذ القرائن تفيد اليقين، كما قاله القرافي. قال أبو علي عقبه : وهذا حق لا شك فيه، وزاد عقبه عن الغزالي : إن القرائن حاسَّة سادسة، ولا يشك في هذا إلا من ليس له ذكاء. (هـ). ثم قال : وبالقرائن يجزم الإنسان بأن الولد ولده. (هـ) من شرحه لقول المتن: واعتمد في اعسار الخ..، والله أعلم. وكتب محمد الجنوي الحسني لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن امرأة من أهل اليسار تصدَّقت على بنتيها بجميع ما تملكه، ثم ماتت وتركتهما وأختا وأخا شقيقين، فاستظهرا (أي الأخ والأخت) ببيِّنة اللفيف أنهم يعرفون المرأة المتصدِّقة، وأنها في وقت الصدقة كانت مريضة مرضا مخوفا، واستمر ذلك بها إلى أن ماتت. الخ...

فأجبت : الحمد لله، حيث شهدت بيِّنة اللفيف بمعرفة المرأة المتصدقة، وأنها كانت وقت الصدقة مريضة إلى أن ماتت، فما اعطته لابنتيها هو من قبيل الوصية، ولا وصية لوارث. قال في التحفة : صدقة تجوز إلا مع مرض... مَوْت، (أي تصح الصدقة وتلزم) إلا أن تصدق في حال مرضه، ومات من ذلك المرض فإنها تبطل لحقِّ الورثة وتصير وصية، فإن كانت بالثلث فدون ولغير وارث صحَّت، وإلا توقفت على إجازة الورثة. (هـ). من شرح الشيخ التّاودي، ونحوه في المدونة. وفي جواب لابن لب نقله العلمي في نوازله: وأما شهادة العدلين على المتصدقة أنها بأتمِّه الخ..، فناقصة للبنتين المتصدق عليهما بحال، مع أنهما مشهود عليهما بالقبول والحوز معاينة. وقد ذكر المكناسي في مجالسه : أن من شهد على المعرفة يُرَجَّحُ على الشاهد مع التعريف الخ... وقال البرزلي : لو كانت الشهادة عليها بالتعريف كما هو واقع في كثير من أنكحة زماننا، فالأمر مشكل، إذ لا يوثق بالمعرِّف. ثم قال بعد ذلك بأوراق : لا يشهد على المرأة إلا من يعرفها، وأما التعريف فهو عندهم ضعيف الخ..، نقله التسولي في حاشية الزقاق وقال : لا ينبغي اليوم أن يشهد على امرأة من يحتاط لدينه بتعريف أصلا، وقد ضاعت بذلك أموال. وقد قال ابن مرزوق : العمل عند شهود العصر بالمغرب إذا أشهدهم من

لا يعرفونه يصفونه بنعته وحُلاه. (هـ). ويؤيد قول بعضهم: لا شك أنه وقع التساهل في هذا الزمان في الشهود وفي شهادتهم، ومن أصعبها شهادة الشاهد على من لا يعرفه من الرجال، وأصعب منه شهادته على من لا يعرفه من النساء، لأن الأول ينظر إليه فيتمكن من وصفه وذكر حليته حتى تكون الشهادة على عينه، وأما المرأة في الحاضرة فلا يتمكَّن منها ولا جرى العرف بذلك فيها، بل العرف أنه يشهد عليها مع التعريف بها إذا وثق به، وهذا الوثوق لا ينبغي أن يقبل إلا من العدل الموثوق به. قال الفشتالي في وثائقه : وقولنا وعرفها هو الصواب، فإن لم يعرفها وعرف بها عنده، فإن كان المشهود له أو عليه أتاه بمن عرفه أنه فُلان أو فُلانة فلا يشهد، وإن كان هو الذي سأل المعرف فأخبره أنه فُلان أو فُلانة فليشهد. (هـ). ومعناه كما لا يخفى أن يعرض حضور ذلك المعرِّف فيسأله الشاهد، وأما إذا أعدَّه المشهود له أو عليه فلا فرق بين أن يسأله الشاهد ابتداء أو يسأله غيره، وغالب شهود الوقت إنما ينظرون لتحصيل الشهادة وأجرتها، فينبغي أن يقدم إليهم في الشهادة على النساء إذا لم يكُنَّ معروفات، وأن لا تُقبل من سائر الشهود، وأن يسألوا عن المعرِّف ومن جاء به، ويضيق عليهم في ذلك، والله أعلم. (هـ).

واعترض بأنه تضييق لا يتابع عليه، والشهادة على النساء بالحقوق أمر ضروري لا بد منه، إذ الحقوق كما تترتب على الرجال تترتب على النساء، وكشفهن عند الشهادة ممَّا لم يجر به عرف ولا معنى له في هذا الزمان، فدعت الضرورة إلى الاعتماد على التعريف في ذلك، إذ هو غاية ما يتيسَّر في نفع العامة. وقد قال البرزلي : إن التعريف كاف. (هـ). وقد قال ابن عرفة في أوَّل النِّكاح: أن العادة جارية بالشهادة على من لا يعرف. (هـ). يعني بانتفاء الوصف، لكن الاعتماد على التعريف فيه صعوبة، والظاهر أن يقال: إن الشاهد إذا كان عارفا ضابطا لا يخدع فيُقضى بشهادته، وإلا فلا بدَّ من سؤاله عن كيفية التعريف، هل المعرِّف مجلوب أو عرض حضوره بلا جلب من أحد ؟ وهل احتفَّت به قرينة الصِّدق ؟ فإن أخبر باعتماده على القرينة وبعدم الجلب قضى بشهادته وإلا ردَّت، والأصل أن الشاهد

إذا قال : أخبرني مُخبِر بلا جلب وثقتُ به بقرينة تدل على الصِّدق فشهادته عاملة، وهذا أمر ظاهر منصوص عليه لا سبيل لرده، وأما تكليف الشاهد بتعيين المعرف فهو تضييق وضرار، ولا يضارَّ كاتب ولا شهيد، ولا معنى له إذ حاصِلُه تكليف الشاهد بما تبطل به شهادته، والله تعالى أعلم. (هـ). تأمل، قاله وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

قلت : لعل معنى قوله : وإن يسألوا عن المعرف الخ..، إنهم يسألون عن المعرف مجلوب أو عرض حضوره بلا جلب، فلا يكون فيه تكليف بما تبطل به شهادتهم، والله أعلم. وسئل سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي رضي الله عمَّن يشترط نطقها من النساء، أنظر تمامه مع جوابه في الكرَّاس الثامن من الجزء الثاني من نوازل النِّكاح في أوَّل ورقة منه، بل يأتي قريبا بتمامه.

وسئلت عمَّن اشترى من امرأة بيتا في دار فهدمه وبناه بمحضر ولدها فيما يقرب من ثلاثة أعوام، ثم قام الولد وأثبت ببيِّنة اللفيف وكلهم من قرابته أن الدار كلها لأبيه، وأنه كان طلق أمَّه في حياته ومات وهي مطلقة الخ...

فأجبت : الحمد لله، نص الشيوخ المتأخرون الذين تكلموا على شهادة اللفيف أن كوْن الشهود من قرابة المشهود له ومن قبيلته مانع من قبول شهادتهم، وحكى بعضهم على ذلك الاتفاق كما سيأتي. قال الشيخ ميارة : قد يعرض في العدد الكثير تواطؤ وتساند، ولا سيما إن كانوا من قبيلة واحدة أو جمعهم أمر واحد فيه داعية لذلك، فيقع الخلل في شهادتهم لذلك، وقد يعتمد بعضهم على إخبار بعض، والتواتُر الذي يفيد العلم إنما هو أن يخبر كل واحد منهم على علم نفسه لا مستندا لغيره. (هـ). ونحوه قول البرزلي : وقع الخلل في هذا الزمان في شهادة العدد الكثير، وهو أنه شاع وداع أن القبيلة والجماعة الكثيرة يشهدون بالتساند أو باخبار الشهود إيَّاهم فيشهدون على شهادتهم اعتمادا على اخبار بعضهم بعضا. (هـ). وقال الإمام الأبَّار في جواب له نقله شارح العمل : لا بد في شهادة اللفيف، من اشتراط السَّلامة من جرحة الكذب والسَّفه ومن لحوق التهمة فيما شهدوا به من صداقة خاصة، وقرابة مع المشهود له وعداوة مع المشهود عليه،

وإلا فلا تقبل شهادتهم اتفاقا. (هـ). ونظمه في العمل الفاسي بقوله :

ولا تمكّن في اللفيف الخَصْمَ   من نسخة الإعذار إن اتَّمّ
إلّا بما يقدح في ستر الحال   كالقرب والصحبة أو أخذ المال

وقد ذكر هذا القيد أيضا سيدي العربي الفاسي وسيدي عمر الفاسي وشراح الزقاقية والعمل قاطبة، وعليه فحيث كان هؤلاء الشهود كلهم من قرابة المشهود له، ومن قبيلته كانت شهادتهم كالعدم، وأما اعتذار المدَّعي عن سكوته في تلك المدَّة، بأنه كان مشغولا بأمر المخزن الخ... فغير مقبول لأن ذلك الشغل على تسليمه لا يمنعه من إقامة وكيل يخاصم عنه في غيبته، ولا من مخاصمته بنفسه وقت حضوره،ولا من إشهاد عدلين مثلا أنه باق على حقه لم يرض ببيع أُمِّه، فاعتذاره بما ذكر لا يجدي له نفعا، فعلم من هذا أنه ليس عند هذا المدَّعي على التحقيق، إلا مجرد الدَّعوى أن البيت المتنازع فيه هو مِلك له ورثه من أبيه الخ... ولا قائل بأن الدعوى المجرَّدة تقدم على الشراء الصحيح الذي يدَّعي صاحبه المِلكية مع ضميمة الحوز وتصرفه في البيت بالهدم والبناء على عين المدعي وإقراره بأنه عالم بشرائه من أمه،وقد مضى لذلك ما يقرب من ثلاثة أعوام مع أنه على تقدير صحة قوله:إنما يسمع منه ذلك داخل السنة،والله أعلم. وأما قول المفتي بالملصق أعلاه:من المعلوم أن رسوم الأشرية لا تفيد المشتري شيئا الخ... فغير صواب لأمرين :

أحدهما، أن محل ذلك حيث يكون عند خصمه بيِّنة صحيحة بالمِلك لا إن كان عنده مجرد الدعوى كما هنا، فلا يخرج الشيء من يد حائزه كما هو مذكور حتى في شرح العمل عند قوله : لا توجب الملك عقود الأشرية الخ...

ثانيهما، أن محل كون بيِّنة الشراء لا توجب المِلك ما لم يكن الشراء بها من الخصم أو ممَّن تنزَّل منزلته، وإلا فتقدَّم على بيِّنة المِلك كما ذكروه عند قول المختصر: لا باشتراء الخ... وهذا المدَّعي هنا على تقدير صحَّة مِلكه، فحيث علم ببيع أمِّه وسكت ما يقرب من ثلاثة أعوام، فلم يبق له في ذلك كلام،والله أعلم بالصواب. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن بيِّنة اللفيف شهدت بالمِلك فاعترضها بعض المعاصرين بوجوه أربعة :

فأجبت : الحمد لله، الشهادة بالمِلك صدر الملصق أعلاه تامَّة مستوفية لما يعتبر فيها من الشروط الخمسة التي ذكرها المازري وغيره. قال أبو الحسن في نوازله : وأما الشاهد بمعرفة المِلك، فإن عرف خمسة أشياء ساغ له أن يشهد بالمِلك وإلّا فلا، فإن كان الشاهد يعرف ما تصح به الشهادة بالمِلك، قُبل منه إطلاق معرفة المِلك، وقليل مما هم وإلّا فلا حتى يفسر الخمسة أشياء : أن يعرف الشاهد لمدَّعي المِلك كون يده على ما يدَّعي، وأنه يعرف تصرفه تصرف المالك وينسُبهُ لنفسه، وأنه لا ينازع فيه منازع، وأن تطول مدة ذلك عاما فأكثر. وفي المدونة ما يقوم منه ان عشرة أشهر طول هذا الذي يشترط في الشهادة بالمِلك لا غير. (هـ). قال ابن هلال في شرحه الدُّر النثير نقلا عن المازري ما نصه : حقيقة الشهادة بالمِلك يستدل عليها بالحوز، ووضع اليد على الشيء والتصرف فيه مع دعوى المِلك، وإضافته إلى نفسه وطول الزمان، ولا يظهر من ينازعه في ذلك. قال : وإلى هذا ذهب سحنون وغيره من أصحابنا. (هـ) باختصار الخ... ونقل هذا كله المحشي بناني وزاد ما نصه : وذكر أبو الحسن الشروط الخمسة في شرح المدونة أيضا الخ...،وإليها أشار الزقاق بقوله :

يدٌ نسبة طول كعشرة أشهر وفعل بلا خصم بها المِلك يجتلى

وهذه الفصول الخمسة كلها مذكورة في الشهادة صدر الملصق أعلاه، أما اليد أي الحوز فهو قولهم:فيها أن له وبيده وفي حوزه وعلى مِلكه الخ... وأما النسبة فهي قولهم أيضا:وينسبها لنفسه والناس إليه كذلك الخ... وأما الطول فهو قولهم:هذه مدَّة من عشر سنين الخ... وأما الفعل (أي التصرف) فهو قولهم:يتصرف فيها تصرف المالك في ملكه الخ... وأما بلا خصم (أي بدون منازع) فهو قولهم:دون منازع نازعه أو معارض عارضه الخ... وإذا تقرر هذا ظهر أن ما سطر أعلاه من الفتاوي بإبطال الشهادة المذكورة، هو من التهويس الذي لا يحل السكوت عنه، وبيان ذلك أن قول أوَّلهم:أن شهودها قطعوا في موضوع العلم إلى قوله كما في وثائق

الفشتالي وشرحها الخ... غير سديد لأمرين :

أحدهما، أن ما نسبه للفشتالي غير موجود فيه، وإنما فيه أن الشهود بالمِلك إذا حضروا فسُئلوا فأبوا أن يقولوا:لا يعلمونه باع ولا وهب فتبطل شهادتهم خلافا لابن حبيب أنظره.

ثانيهما، أن هؤلاء الشهود لم يقطعوا هنا بالمِلك، وعلى تقدير أنهم قطعوا به فلا تبطل شهادتهم، لأن ذلك مغتفر للعوام. قال ابن عبد السلام بناني في شرح الزقاقية ما نصه: من شروط الشهادة بالملك زيادة أن الشيء المشهود به لم يخرج عن ملكه في عملهم إلى الآن، فإن قالوا لم يخرج عن ملكه قطعا بطلت شهادتهم إن كانوا علماء، فإن كانوا من العوام قُبلت، ومثله في الحطاب عن ابن أبي زيد وأبي عمران الفاسي، وذكره شراح الزقاقية أيضا. وأما قوله: ثانيها،أنهم لم يأتوا بشروط المِلك كلها الخ... فباطل أيضا لما قررناه أوّلا من أن الشهادة المذكورة فيها التصريح بالشروط الخمسة. وأما قوله: وثالثها أن هؤلاء الشهود كلهم أقارب للمشهود له الخ... فيجاب عنه بأنهم لا قرابة لهم مع المشهود لهما، وإنما القرابة بينهم وبين من باع البلاد لهما، وذلك أن الشهادة بالمِلك إنما هي للمقدم الغازي، وأخيه عبد السلام إذ هما المالكان للبلاد، ولا قرابة بينهما وبين الشهود أصلا، وأما شهادتهما بملكيتها لمحمَّد بن الحارثي الذي اشترياها منه، فإنما ذكرت للتوصل الى ملكيتهما،وليست مقصودة لذاتها، وعليه فشهادتهم بذلك جائزة قطعا، وحاصله أن روح الشهادة هي ملكية الغازي وأخيه عبد السلام، وأما لمحمد بن الحارثي البائع لهما فإنما ذكرت ملكيتُه تبعا، إذ لا مِلكية له الآن فلا تضر قرابة الشهود له، إلا لو كان مالكا الآن تأمّله. وقوله: فهؤلاء الشهود جمعوا بين القرابة والعصبية للمشهود له وخصماء للمشهود عليه الخ... هذا كله تقَوُّل إذا لم يثبت ببيِّنة ولا قاله المدَّعى عليهم في المقال، وإنما هو من التلقين للفجور المنهيِّ عنه، وأما ما زاد على ذلك من الفتاوي فكله بلغ الغاية في السقوط،ولكون فساده ظاهرا أضربنا عنه،والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن شهادة بإراثة ذكر شاهداها أنهم يعرفون الأمَّ والعاصب بالعين والأخوات للأم بالسَّماع الفاشي على ألسِنة أهل العدل وغيرهم، فبحث فيها بعض المعاصرين بأن شرط قبول شهادة السَّماع أن يقولوا: لم نزل نسمع الخ... وبأنه لا بدَّ من ذكر مدَّة السَّماع الخ...

فأجبت : الحمد لله، الإراثة المبحوث فيها أعلاه تامَّة ليس فيها ما ينكر شرعا ولا طبعا ولا ما يعاب عقلا ولا سمعا حسبما يعلم ذلك بمطالعة كتب التوثيق، كالفشتالي، وابن سلمون، وابن عرضون، واضرابهم. وأما البحث فيها بأن شرط قبول شهادة السَّماع أن يقول الشاهد: لم نزل نسمع الخ... فجوابه أن هذا جهل وغباوة، لأن هذه الشهادة ليست من شهادة السَّماع المصطلح عليها عند الفقهاء، بل هي قطعية كما هو بديهي، وسبب الوهم أن مستند العلم فيها هو السَّماع الفاشي، فظن هذا المفتي أن هذه الشهادة سماعية وليس بشيء. وقد صرح سيدي عمر الفاسي وغيره بأن هذه الشهادة قطعية لا سماعية وذلك أنهم قالوا: إذا تعلق السَّماع بالخبر المقطوع به، والمتواتر أفاد العلم والشهادة المستندة إليه قطعية (أي مقطوع بها)، وإن تعلق بالخبر المستفيض ولم يبلغ حدَّ التَّواتُر أفاد الظن الغالب، والشهادة المستندة إليه تكون على البتِّ أيضا، وتسمية هذين بشهادة السَّماع مجاز في اصطلاح الفقهاء، وإن تعلق بالخبر ولم يبلغ الظن القوِيَّ بل قاربه فقط، فهذه شهادة السَّماع في الاصطلاح. ولا يجوز الجزم فيها، بل يصرح فيها بالسَّماع، هكذا قرره شروح التحفة بأجمعهم، وعليه فالإراثة المشار إليها قطعية لجزم شهيديها بما تضمَّنته، وإن كان مستند القطع فيها هو السَّماع، وذلك لأنها من القسم الأول. وفي نوازل الفاسي نقلا عن جواب لابن لب ما نصه : إن الرسم قد تضمن علم الشهود ما شهدوا به وتحقيقهم، وإنما ذكروا السَّماع مستندا لما علموا وتحققوا، والخلاف إنما هو إذا شهدوا بحصول السَّماع الفاشي فقط، فحينئذ يرى ابن القاسم وجوب الميراث مع يمين المشهود له. ويرى أشهب وغيره ممَّن يثبت بها النسب وجوب الميراث بلا يمين، أما إن تضمنت الشهادة علم الشهود وتحقيقهم كما في النازلة، فيثبت النسب ويجب الميراث، ولا يجب في ذلك يمين على

أحد. (هـ). وقال الباجي : هي شهادة بالبتِّ وإن كان سببها السَّماع، إلا أن شهادة السَّماع إنما تطلق عند الفقهاء على ما لايقع به العلم للشاهد، لذلك يؤدي على أنه سمع سماعا، وأما إذا تواتر الخبر حتى وقع له العلم فإنه يشهد عليه. (هـ). فإن قلت:ذكر شراح المختصر أن شهادة السَّماع تفيد الظن فقط، فإن ارتفعت إلى العلم، فإن الشاهد يجزم بها ولا يذكر فيها سماعا أصلا. وهذه النازلة ذكر فيها السَّماع. قلت : إنما ذكر السَّماع في هذه هنا في مستند العلم،وذلك لا يضر كما نص عليه القرافي في الفرق الحادي والثلاثين والمائة بقوله : إن الشاهد إذا صرح بمستند علمه في الشهادة بالسَّماع المفيد للعلم أو الظن في الفلس أو حصر الورثة، فلا يكون تصريحه قادحا على الصحيح، وقول بعض الشافعية:يقدح ليس له وجه، فإن ما جوَّزه الشرع لا يكون النطق به منكرا. (هـ). فقوله:أو حصر الورثة هو عين النازلة، وكلامه يفيد أنه متفق عليه،لأنه إنما نسب مقابله لبعض الشافعية فتأمله،والله أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن رجل مات فاستظهرت امرأة بشهادة عدلين أن لها عليه أموالا ثقيلة وحوائج نفيسة وأمتعة كثيرة، لكن أحد الشاهدين صهر لها،والآخر ثبت ببيِّنة أنه ملاطفها ومن قرابتها. الخ...

فأجبت : الحمد لله، شهادة العدلين أعلاه ساقطة، أما الأول منهما فلأنه صهر المرأة (أي زوج بنتها)، وقد نص غير واحد على منع شهادته لها. قال في التحفة :

والأب لابنه وعكسه مُنِعْ   وفي ابن زوجة وعكس ذا اتُّبِعْ

قال اليزناسني على قولها:وعكس ذا اتُّبِعْ الخ... يعني أن والدي الزوجة وهما أبوها وأمها تمتنع شهادة الزوج لهما الخ... وقال الشارح أيضا : لا خفاء في ظهور التهمة في هذه المواضع التي عددها . وهي شهادة الأب لابنه، وشهادة الابن لأبيه، وشهادة الرجل لوالدي زوجته، ونحوه لابن رحال. وأما شهادة الثاني فلا تجوز أيضا، لأن الملاطفة والمقاربة كلاهما مظنة التهمة. قال أبو علي نقلا عن الجلاب ما نصه : لا تجوز شهادة الصديق الملاطف لملاطفه إذا كان تناله الصلة، والمعروف خلافا

لأبي حنيفة،والشافعي لقوة التهمة الخ... وفي حاشية الرهوني عن ابن رشد : وأما الشاهد المعروف بالعدالة، العالم بما تصح به الشهادة،فتجوز شهادته إلا في ستة مواضع على اختلاف في بعضها ، وهي: التزكية، وشهادته لأخيه، ولمولاه، ولصديقه الملاطف،ولشريكه في غير التجارة، وإذا زاد في شهادته أو نقص. (هـ). وذكر غير واحد:أن شهادة الملاطف لملاطفه تجوز إن كان مبرزا في العدالة وإلا فلا، وعليه اقتصر في المختصر، والله أعلم. المهدي قيَّده لطف الله به آمين. (هـ).

وسئل المحقِّق الزرهوني عن لفيف زكَى أحدهم شهدوا لمستأجرهم الذي له عليهم ديْن بديْن بذمة رجل آخر.

فأجاب : الحمد لله، من المعلوم المقرر كما في المتن وشروحه،أن الأجير لا تقبل شهادته لمستأجره إلا إذا كان مبرزا ولم يكن في عياله، وكذا شهادة من عليه الدَّيْن وهو معسر لرب الدَّيْن، والمراد بالمعسر هنا من لا مال له لا الذي فلس عند القاضي. قاله الشيخ النويري صاحب تكملة البساطي، وزاد : ولا يظهر وجه للتقييد بكون الشهادة بالمال والدَّيْنُ حال،لأن المديان مع رب الدَّيْن كالعبد يريد رضاه بأي وجه كان. وفي ابن مرزوق : لأنه كأسيره فيتَّهم أن يشهد لينظره ويرفق به. (هـ). وحينئذ فشهادة اللفيف غير عاملة لذلك، وزيادة استنشاق الغبرة الخبيثة المعروفة عند متعاطيها يطابَقُ وهي قادحة في شهادة فاعلها، حتى على القول بإباحتها ولاسقاطهم المعرفة في الاستفسار، وذلك مما تردُّ به الشهادة، والعبرة بما ذكروه في الاستفسار لا بما قيد عنهم أولا في التلقِّي لاحتمال أن لا يكون من كلامهم، والشهادة لا تكون بمحتمل، وواحد من هذه الوجوه كاف، فكيف وقد اجتمعت، وكل ذلك واضح لا يحتاج إلى أن يبرهن عليه،والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمَّده الله برحمته بمنِّه. (هـ).

ونص جواب يظهر منه السؤال : الحمد لله، استنشاق الغبرة المعروفة بطابة لا طابت معيشة مُشتهيها، ولا ربحت صفقة بائعها ومشتريها مانع من قبول شهادة مستعملها لقوله عليه السلام : كل مُسْكر ومُفَتِّر حرام،استدل به العلقمي على حرمتها، وأجوبة المتأخرين فيها معلومة،والله أعلم. وكتب محمد بدر الدين

الحسني لطف الله به. (هـ). وبعده «الحمد لله، ما سطر أعلاه صحيح، واستنشاق الغبرة المذكورة قادح في الشهادة ولو على القول بإباحتها، لأن العدل من يتّقي ما أُبيح وهو في العيان يقدح في المروءة، هذا في المتفق على إباحته كالأكل في السوق، فكيف بالمختلف فيه، والراجح الحرمة. وفي العمليات : وحرموا للاستعمال... البيت. ومعلوم أن المتوسط يقدح فيه بجميع القوادح، والحديث المشار إليه ذكره السيوطي في الجامع الكبير، وأخرجه مسلم في صحيحه عن أم هاني قالت : نهى ﷺ عن كل مسكر ومفتّر، والقاعدة عند المحدِّثين أن النهي إذا ورد عن شيئين وقد علم حكم النهي عن واحد منهما أعطى الآخر حكمه بدليل اقترانهما في الذكر والنهي، وقد ذكر المفتَّر في هذا الحديث مقرونا بالمسكر، وتقرر عندنا تحريم المسكر بالكتاب والسنَّة والاجماع فيُعطيَ المفتِّر حكمه بقرينة النهي، وحقيقة المفتِّر رخاوة تعتري أعضاء شاربه في الحالة التي هو شاربه فيها تقرب من السِّنَة، وإذا ثبت تحريم أحدهما فلا يمترى في تحريم الآخر. قال ابن عبد السلام بناني : بعد ما تقدم فقد اتضح لك أن منع الدخان مأخوذ من حديث أم هاني، ولا فرق بين استفافها واستنشاقها، كما أفتى به سيدي عبد القادر الفاسي وشيخنا سيدي محمد القسمطيني وذلك واضح، والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمَّده الله برحمته. (هـ).

قلت في نوازل مازونة من جواب لبعض الفقهاء ما نصه : اختار بعض أشياخنا جواز شهادة الأحرار والعبيد والنساء على القطاع والمحاربين والسلابين وذلك مما يتوسم فيه الخير وصدق اللهجة، فقد ذكر ابن حبيب عن أصحاب مالك أنهم أجازوا الشهادة على التوسم في السفر، وإن لم يعرف الشاهد. وروي عن سحنون أنه قال : تجوز على السارق من لقيه من السيارة على الطريق من المسافرين والنساء والصبيان والرعاة إذا عرفوه وقالوا: «فلان رأيناه سرق دابَّة فُلان» أو رأيناه في حوزه كذا» أو في مراعي بني فُلان، وتجوز عليهم شهادة السيارة عدولا كانوا أم لا. وقد سئل مالك عن مثل هذا في لصوص أهل الحجاز وبرابر برقة، فقال : تجوز عليهم شهادة من لقيهم من الناس، قيل له: إنهم غير عدول، قال : وأين يوجد

العدول على السارق واللص، وإنما يكون السارق واللص في المواضع التي ليس فيها من يشهد، وقاله محمد بن سحنون، وقال أيضا : إذا ريء في موضع مراعي قوم ومرت به دابة أنه يضمن كل ما مرَّ من تلك الحوزة،وشهادة من رآه جائزة. (هـ) باختصار.

وأجبت عما يفهم من الجواب ونصه في حاشية بناني عند قول المختصر: وبنقل على مستصحبة ما نصه . تنبيه : بقي من المرجحات،الأصالة تقدم على الفرعية، فإذا شهدت إحدى البيِّنتين أنه أوصى وهو صحيح العقل، وشهدت الأخرى أنه أوصى وهو موسوس، فقال ابن القاسم في العتبية : تقدم بيِّنة الصِّحة، لأنها الأصل والغالب. (هـ). ونحوه للشيخ التّاودي في شرح الزقاقية وحاشية السدّادي على ميارة،وهو صريح في صحة الوصية المشار اليها، وفي بطلان شهادة اللفيف والعدلين بأن الموصى كان مجذوبا معتوها،والصبيان يتبعونه إلى أن مات الخ..، على أن الشهادة بذلك لا تقتضي أنه كان وقت الوصية مسلوب العقل بالكلية،لأن المعتوه ناقص العقل فقط،والمجذوب قد يصحو أحيانا، فيجوز أن يكون قد أوصى وقت صحوه لقول شهيدي الوصية:تام الميز والإدراك الخ..، إذ لا يخفى عليهما حاله سيما وهما من أهل العلم،ويؤيد ذلك الشهادة عليه في رسوم أخر بأنه كان يكري الدار،وبأنه كان يتوصل بواجبه من الغلة وغير ذلك. الحاصل أن لا عمل على هذه الشهادة لمعارضتها للأصل،والله أعلم. وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن رسم بملكية دار لعبد الملك بن القائد عبد الله، وكانت لأبيه القائد المذكور مدَّة حياته وأسكن فيها أخته رقوش، واستمر مِلكه عليها إلى أن توفيَ وتركها لولده عبد الملك المذكور، ثم إن رقوش المذكورة ماتت فاستظهر أولادها برسم من أخيها القائد المذكور أنه كان قيد حياته صيَّر لها الدار المذكورة في إرثها من أبيها معه وحوَّزها لها، واستمرت ساكنة بها إلى أن توفيت.

فأجبت : الحمد لله، بيِّنة التصيير مقدَّمة على بيِّنة الملك لأنها ناقلة، وبيِّنة المِلك مستصحبة، ومن المعلوم المقرر في دواوين الفقه أن الناقلة أولى من

المستصحبة، لأن التي شهدت باستمرار مِلك القائد للدار إلى أن مات لم تطّلع على التصيير فكانت كالعدم. قال في الزقاقية : وبالنقل أي يرجحُ بالنقل على الاستصحاب. قال الشيخ التّاودي في شرحها نقلا عن التوضيح : كمن له دار مات عنها وادَّعى ولده أنها لم تخرج عن مِلك أبيه،وأقام بيِّنة على ذلك، وأقامت الزوجة بيِّنة أنه أعطاها لها في صداقها، فتقدَّم بيِّنتها لأنها ناقلة، ومثله في بيِّنة شهدت أن رجلا كان يغتل جميع أملاكه إلى أن مات، وشهدت أخرى بأنه كان صيرها لزوجته فيما ترتب لها قبله،وأنها حازتها عنه فإن التصيير صحيح، ولا يقع في ذلك تعارض. (هـ). وقال الزرقاني على قول المختصر : وبنقل على مستصحبة ما نصه : كأن تشهد أنه انشأها ولا يعلمونها خرجت عن مِلكه إلى الآن، وتشهد الناقلة لآخر أنه اشتراها منه فتقدَّم، لأنها علمت ما لم تعلمه المستصحبة، والظاهر عدم التعارض بين هاتين البيِّنتين، فليس هذا من باب الترجيح، قاله الشارح أي لأن قول إحداهما لا يعلمونها خرجت عن مِلكه لا يقتضي عدم الخروج،لأنه يفيد نفي العلم بالخروج لا نفي الخروج. (هـ). وهذا بيان لقول التوضيح، ولا يقع في ذلك تعارض، تأمَّله والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن امرأة مات واحد من أولادها فتصدَّقت بميراثها منه على أولاده وهم أحفادها، وحازوا ما وجب لها من الإرث معاينة، فقام بقية أولادها،وأقاموا بيِّنتي اللفيف والعدول،أن المرأة مختلة في عقلها سفيهة في حالها لا تحسن التصرف في مالها ولا في نفسها الخ... فحجرها القاضي وأقام لها وكيلا نائبا عنه، فقام هذا الوكيل يريد نقض هذه الصدقة، فهل له ذلك أم لا ؟

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت بالبيِّنتين أن المرأة كانت وقت الصدقة مختلة في عقلها سفيهة في حالها كانت عطيتها مردودة عليها، لأن مذهب ابن القاسم الذي جرى به العمل بفاس، هو النظر لحال الشخص ولو كان مهملا، فمن كان رشيدا فأفعاله ماضية، ومن كان سفيها فأفعاله مردودة، لا فرق في ذلك بين ذكر وأنثى ولا عبرة بتقديم ولا بعدمه، وأما شهادة عدول الصدقة بأن المرأة

بأتمِّه الخ... فمعارضة بشهادة السَّفه وهي مقدمة عليها كما هو معلوم، على أن قول عدلي الصدقة بأتمِّه إنما ينصرف لصحة العقل والطوع لا للرشد فلا يعمل به، كما قاله الشيخ التاودي في شرح الزقاقية أنظره، فظهر بهذا أن الصدقة من المرأة على أحفادها باطلة،والله أعلم. المهدي قيَّده وفقَّه الله. (هـ).

وسئل المحقق الزرهوني عن رجل بيده بيِّنة شاهدة له بهبة امرأة حظا في دار لها ورثته من أبيها شاهدة بمعاينة الحوز كما يجب، وبعد موت الواهبة أقام العاصب بيِّنة بمزكيين بأنهما عاينا الواهبة المذكورة تتصرف قيد حياتها في واجبها المذكور بكرائه وقبض مستفاده من وفاة والدها إلى أن توفيت،ولا يعلمان أن أحداً استفاد كراءه سواها في المدة السالفة حتى الآن، فهل تقدَّم بيِّنة الحيازة التي هي ناقلة على شهادة المزكَّيين التي هي مستصحبة، وكيف الأمر ؟

فأجاب : الحمد لله، لا يكتفي من المتلقَّى منهما أعلاه بمطلق الأداء في اعمال شهادتهما والقضاء بها، ولا بد من استفسارهما بما يزيل الشك والاحتمال عن شهادتهما، ككل شاهد لم يكتب شهادته بيده لاحتمال أن يكون الكاتب كتب ما لم يشهد به الشاهد من الفصول كلها أو بعضها، فلا يعلم ما شهد به الشاهد ممَّا لم يشهد به إلا بذلك، وقبله تكون الشهادة مشكوكا فيها فلا تتم حتى ينصها نصا لا احتمال فيه، كما يفهم من كلام الونشريسي ونصه : جرى عمل القضاة بالمغرب الأوسط والأقصى منذ مائة عام باستفسار شهود الاسترعاء غير المبرزين عن شهادتهم بعد أدائها عند القاضي وقبوله إياهم. (هـ). قال الشيخ ميارة في شرح اللامية:وهو شامل للعدول وغيرهم. (هـ). بل لو قدرنا أنهما بيَّنا شهادتهما كما يجب،ووقفا بعد استفسارهما لم تنهض بشهادتهما حجة للمتمسك،ولو أنهما أعدل زمانهما، لأن شهادتهما نافية، وبينة الحوز التي بيد ماسكه مثبتة،والمثبتة مقدمة على النافية، وأيضا بيِّنة الحوز التي بيده ناقلة، وشهادتهما مستصحبة، والناقلة مقدمة على المستصحبة، وتقديمها عليها من باب تقديم المثبتة على النافية. ابن الحاجب : تقدم الناقلة على المستصحبة. (هـ).

وسئل سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي رضي الله عنه عمَّن يشترط نطقها من النساء في النكاح كيف يتوصل إلى الإشهاد عليهن بذلك في بنات الملوك في النكاح وغيره من المعاملات، أيكفي الإخبار عنهنَّ ويشهد بمجرد الإخبار المحتمل للصِّدق والكذِب عليهنَّ أم لا ؟

فأجاب:بأنه لا فرق بين بنات الملوك وغيرهن في إقامة الشهادة على وجهها المعروف. قال الإمام أبو الوليد ابن رشد : الأصل في الشهادة العلم واليقين، لقوله تعالى : « إلا من شهد بالحق وهم يعلمون »، وقوله : « وما شهدنا إلا بما علمنا »، وقوله عليه السلام : على مثل هذا فاشهد أي على مثل الشمس، فهذا ضابط ما يجوز التحمل في الشهادة به، وقد يجوز بالظن والسماع. (هـ). وقال ابن فرحون في تبصرته : ولا تصح للشاهد شهادة بشيء حتى يصل له به العلم، إذ لا تصح الشهادة إلا بما علم وقطع بمعرفته لا بما يشك فيه،ولا بما يغلب على الظن معرفته. قال تعالى : « وما شهدنا إلا بما علمنا »، وقد يلحق الظن الغالب باليقين للضرورة في مواضع يأتي ذكرها،كالشهادة في التفليس وحصر الورثة وما أشبه ذلك. (هـ). وقال ابن عرفة : وفي شرط شهادة غير السماع بقطع الشاهد بالعلم بالمشهود به مطلقا وصحتها بالظن القوي فيما يعسُر العلم به عادة طريقان فذكرهم،واعتمد في أولاهما على نص ابن رشد في مقدماته الذي ذكرنا صدرا منه. وفي المختصر : ولا على من لا يعرف إلا على عينه. قال في النوادر : ومن العتبية من سماع ابن القاسم في المرأة يريد عمُّها أن يزوجها ولا يعرفها أحد، كيف يشهد عليها ؟ قال يدخل عليها من لا تحتشم منه فيشهد على رؤيتها، وأفتى به في جارية تزوَّجت من آل بني طالب وليها الحسن بن زياد. (هـ). ابن عرفة، ولابن القاسم في المجموعة : من دعي ليشهد على امرأة لا يعرفها،ويشهد عنده رجلان أنها فلانة يشهد، قال في سماع حسين بن عاصم في بعض الروايات : لا يشهد على شهادتهما. وقال ابن نافع : يشهد. ورواه ابن رشد الذي أقوله : إن كان المشهود له أتاه بالشاهدين ليشهد له عليها بشهادتهما أنها فُلانة فليشهد عليها، وكذا لو سأل عن ذلك رجلا واحدا يثق به أو امرأة جاز له أن يشهد، وإن أتاه المشهود له

بجماعة من لفيف النساء فيشهدن عنده أنها فُلانة جاز له أن يشهد إذا وقع له العلم بشهادتهن. ثم قال ابن عرفة؛وظاهر قول ابن رشد : ولفظ أنه لا يشترط فيمن عرفه من الجمع بلوغ عدد ما يحصل العلم به، بل ظاهر إن عرفه منه إثنان أو واحد كفى في ذلك، وإلا ظهر تقييده بما يفيد العلم بكثرة أو قرائن أو الظن القوي. (هـ). والنصوص في هذا ونحوه كثيرة متداولة فلا نطيل بها، ولعلها موافقة لغرض السائل؛ إلا أن يكون مقصوده غير ما فهمنا من عبارته؛ والله أعلم.

وسئلت عن شاهد بهبة أدَّى شهادته وقُبلت ثم بعد مدة ظهر فسقه وعُزل عن تعاطي الشهادة، وأنكرت الواهبة أو ورثتها تلك الهبة.

فأجبت: بأن شهادته ملغاة لا يعتد بها شرعا، فقام من ينسب نفسه للفتوى ولا يعرفها، فادَّعى أن شهادته صحيحة؛ونقل على ذلك كلام التسولي محتجا به.

فأجبت عن ذلك ثانيا : الحمد لله، لا مزيد على ما قدمناه تبعا لجماعة المفتين من الغاء شهادة العدل المعزول عن تعاطي الشهادة حسبما نص على ذلك غير واحد من الأئمة المتأخرين والمتقدمين. ففي نوازل المحقق سيدي العربي الزرهوني ما نصه : الحمد لله، ذكر ماسكه أن الشاهد أعلاه المؤدي شهادته وقع الطعن في عدالته بعد أدائه وقبول شهادته، وسأل هل يقضى بها مع ذلك؛ لأنه أدى وقبله القاضي وقتئذ أو لا يقضى بها، والجواب: أن من سقطت عدالته بطلت شهادته ويسري ذلك لشهاداته السالفة التي لم يتقدَّم حكم بها؛ وهذه لم يتقدَّم حكم بها، ومجرد الأداء مع القبول ليس بحكم. محمد بن ابراهيم. (هـ). وفي شرح العمل الفاسي عند كلام ما نصه : وهذا لعله إنما يأتي على غير المشهور الذي هو بطلان الشهادة بذلك؛ أعني الجرحة الحادثة بعد الأداء وقبل الحكم. قال ابن الحاجب : ولو حدث بعد أداء الشهادة بطلت مطلقا. التوضيح: ضمير حدث عائد على الفسق، وقوله: مطلقا سواء كان مما يستتر به؛ كالزنى، والسرقة، وشرب الخمر أو لا، كالقتل والجراح، وقيل: إنما تبطل فيما يستتر به فقط، وهو لابن الماجشون، والأول لمطرف وأصبغ وابن القاسم. (هـ). وقال ابن فرحون في المقنع لابن بطال :

إذا شهد الشاهد ثم حدث منه زنى أو قذف أو شرب خمر أو غير ذلك مما يجرحه سقطت شهادته، إلا أن ينفذ القضاء بشهادته قبل أن يصير إلى ذلك فينفذ الحكم. (هـ). ونحوه قول المختصر عطفا على المبطلات : ولا إن حدث فسق بعد الأداء. وأما ما احتج به المفتيان أعلاه من كلام التسولي فلا طائل له، لأنه خالف به جميع من تقدَّمه ومن عاصره، إذ هو أول من ابتكره، ولكن لا يفيد شيئا مما زعمه، ونصه عند قول التحفة :

وزمن الأداء لا التحمُّل صحَّ اعتباره لمقتضٍ جلي

ظاهر النظم أن الجرْحة الحادثة بعد الأداء لا تضر، وهو الموافق لما مرَّ في فصل خطاب القضاة من أنه يجب تاريخ الخطاب بالأداء ليسقط التجريح بما حدث بعده، ويؤيده أيضا في البرزلي والمعيار أن القاضي إذا كتب أن الرسم ثبت عنده فإنه حكم نفذ، فلا تسقط شهادتهم بحدوث عزلهم بجرحة ونحوها، وهو الموافق أيضا لما مرَّ من أن القاضي إذا خاطب بالأداء أو بالعدالة، فإن من بعده يبني على فعله، وما ذاك إلا لكون الخطاب بذلك حكما، إلى أن قال : بل ظاهر النظم أن العبرة بزمن الأداء كان الرسم أصلا أو استرعاء. وفي الشارح : أن الأصل يراعى فيه تاريخ التحمل لا تاريخ الأداء، فيستفاد منه أن الجرْحة الحادثة بعد تاريخ التحمُّل، إن كانت الشهادة أصلية لا تضر. الخ...

قلت : ما نسبه لظاهر النظم هنا من جواز شهادة من طرأ فسقه بعد الأداء يرده قوله قبله :

وثابتُ الجرْح مُقدَّم على ثابتِ تعديل إذا ما اعتدلا

إذ لا شك أن الثبوت إنما يكون بعد الأداء فهو صريح في أن التعديل لا يُعمل به إذا ظهر الجرح ولو بعد الأداء، تأمَّله. وقال ابن سهل : تقديم الجرْح على التعديل أصح في النظر وقائله كثير، وعليه العمل. (هـ). وفي الحطاب قال في النوادر، وقال محمد بن عبد الحكم : وإذا عدل الشهود عنده ثم أتى من يجرحهم فإنه يسمع الجرحة فيهم أبدا ما لم يحكم، فإذا حكم لم ينظر في حالهم بجرحة ولا بعدالة في

ذلك الحكم. (هـ). وقوله: وهو الموافق لما مرَّ في فصل خطاب القضاة الخ... بعد أن نقل العلامة شارح العمل الفاسي ما مر معه في فصل خطاب القضاة عن المعيار، وابن غازي اعترضه بأنه خلاف المشهور، ونصه : صرح بأن الفائدة في التاريخ تحصين الشهادة عن إمكان القدح فيها بالجرحة التي يعلم بالتاريخ تأخير حدوثها عن وقت الأداء، وهذا لعله إنما يأتي على غير المشهور الذي هو بطلان الشهادة بذلك، أعني الجرحة الحادثة بعد الأداء وقبل الحكم. قال ابن الحاجب الخ..، ما مرَّ عنه وقوله أيضا : ويؤيده أيضا ما في البرزلي والمعيار: أن القاضي إذا كتب أن الرسم ثبت عنده فإنه حُكم نفذ، مردود بأمرين :

أحدهما، أن الذي في المعيار خلاف ما نسبه إليه، وليس فيه ما ذكر من أن القاضي إذا كتب أن الرسم ثبت فهو حكم الخ..، ونصه : وانظر لو كتب القاضي بأنه ثبت عنده الرسم وأشهد على نفسه أنه ثبت عنده وأنه حكم بإمضاء هذا الرسم واعماله، ثم عزل أحد شهود الأصل، فهل هو حكم نفذ. وقعت هذه المسألة في هذا الزمان، وأخبر من وقعت به أن القاضي أمضاها، وهو الذي كان أثبته وحكم بإمضاه، وهو الذي عزل الشاهد بجرحة وهو الظاهر، لأنه حكم بإنفاذه قاصدا لهذا الوجه. (هـ).

ثانيهما، على تسليم أن البرزلي والمعيار صرحا بذلك (أي بأن الثبوت حكم) فهو خلاف المعتمد، كما قاله الزقاق في المنهج. قال الشيخ ميّارة في شرح التحفة : ليس قول القاضي ثبت عندي كذا حكما بمقتضى ما ثبت عنده بأن ذلك أعمُّ منه إلى أن قال : وإلى الخلاف في ذلك أشار في المنهج بقوله :

والحكم والثبوت شيء اتَّحدْ وقيل غيران على ذا يعتمدْ

وقوله أيضا : وما ذاك إلا لكون الخطاب بذلك حكما الخ..، غير سديد أيضا.

أما أولا، فإن الخطاب على الرسم المراد منه الإذن لغيره من القضاة بالاعمال به، وليس هو حكما على الخصمين، أو أحدهما بمقتضاه قطعا. قال سيدي العربي الفاسي : يستفاد من الخطاب بلفظ الاعلام معنى آخر، لأنه إذْنٌ في

الاعمال،ونص في تأدية ذلك ونهاية إلى الغير بخلاف اكتفي ونحوه فهو مقصور على كاتبه، فلا يلزم قاضيا آخر أن يعمل به، لأنه لم يخاطبه، ولو أمضاه لكان غير معتمد على شهادة ولا خبر. الخ...

وأما ثانيا، فإن الخطاب اليوم على الرسوم من تمام أدائها،وقلَّ أن تجد رسما فيه الأداء بدون خطاب، فلو كان الخطاب عليها حكما لكان كل رسم أُدِّيَ عند القاضي، فقد حكم به ولا يقوله أحد. قال الشيخ التّاودي في شرح التحفة : وعمل قضاتنا اليوم أن يكتب تحت الرسم . الحمد لله، أدَّيا فقُبلا، واعلم به فلان، أو أدَّيَا فثبت واعلم به، والحمد لله أعلم بصحته أو باستقلاله فُلان، فإذا ثبت عند من جاءه كتب عليه اعملته. (هـ). وقوله أيضا : فيستفاد منه أي من الشارح أن الجرحة الحادثة بعد تاريخ التحمُّل إن كانت الشهادة أصلية لا تضر الخ..، ما نسبه للشارح هو برىء منه، لأنه إنما قال : الأصل يراعى فيه تاريخ التحمُّل للشهادة لا تاريخ أدائها الخ..، وليس فيه أن شهود الأصل طرأ فسْقهم قبل الأداء أو بعده، مع طرو الفسق لا يمكن أحدا أن يقول بقبولها مع قوله تعالى : « وأشهدوا ذوي عدل منكم »، وقوله تعالى : « ممَّن ترضون من الشهداء ». وقد نص في المختصر على نقض حكم القضاة بشهادة الفاسق، إذا قضى بها وهو غير عالم بفسقه، فقال : أو ظهر أنه قضى بعبدين أو كافرين أو صبيين أو فاسقين. قال ابن رحال في شرحه : إنما عبَّر بظهر ليبيِّن لك أنه أولا إنما حكم بها أن لا مانع بهما الخ..، فكيف يحكم بها وهو عالم. وفي المختصر أيضا : ونقض ما خالف قاطعا أو جلي قياس. قال الزرقاني في مثال مخالفة القياس الجلي: كالحكم بشهادة الكافر على مثله أو على مسلم مع علم القاضي بذلك فينقض قياسا على الفاسق، لأن الحكم بشهادة الفاسق لا يجوز، فالكافر أشد فسوقا منه الخ... وبالجملة ففي قول ابن عاصم تبعا لأهل المذهب : وشاهد صفتُهُ المرعية... عدالة الخ..، كفاية لردِّ قول التسولي : إن المنتصب للشهادة بين الناس إذا ظهرت جرحته، لا تبطل شهادته إذا كانت الشهادة أصلية الخ..، فإنه لم يقل به أحد حتى في اللفيف :

لا بدَّ في شهادة اللفيف من سِتْر حالهم على المعروف

فظهر بهذا أن ما قاله المفتيان أعلاه من التشغيب والتهويل بما ليس تحته طائل ولا عليه تعديل، وما كان ينبغي لهما أن يخرجا عن أقوال الكافَّة إلى الشاد، بل إلى ما لم يقل به أحد. وقول الأول منهما:أن العزل إنما كان للتهمة الخ... ليس بشيء بل كان بالتَّواتر القطعي الذي هو أقوى من البيِّنة، ولئن سُلم أنه كان للتهمة فقط فهو صحيح أيضا. وأما المفتي الثاني فلم يزد على الأول شيئا سوى قوله:أن ذلك النص لا شاهد فيه لما بينهما من الفرق البيِّن الخ... فإن عنى أن بينهما فرقا في التصوير بمسَلم، ولكن ليس الكلام فيه، وإن عنى أن بينهما فرقا في الحكم الذي هو المقصود فغير صحيح إذ مَا يوجبه الحكم بالخطاب عليهما مباشرة،هو الذي يوجب بالرفع عليهما من غير فرق في ذلك، فتأمَّله بإنصاف لا باعتساف،والله أعلم،قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

هذا تقييد للمؤلف نصه : الحمد لله الذي جعل العلم نورا يهتدى به، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله.وبعد، فقد وقعت نازلة وهي رجل ادَّعى على خصمه أنه باع واجبه من غابات الزيتون السِّت خارج أحد أبــواب فـاس، باب الفتوح المنجر له بالإرث من عمَّتي والده، وهما : فُلانة وفُلانة وذلك كله في شركته بطلب منه أخذ بالشفعة أو إسقاطها، فأجابه المدَّعى عليه بأنه لا يملك في الغابة الست شيئا، وإنما هي حوزه وملكه، وفي يده ولا شيء للمُدَّعي فيها الخ... فزعم بعض الفقهاء من أهل العصر أن هذا المدَّعي لا يكلف بإثبات موت المرأتين المذكورتين وعدد ورثتهما باختصار، ذاكرا أن الشيخ الرهوني اعتمد في توَيْلِيفٍ له في المسألة أن المدَّعي إن نسب أولا المِلك لنفسه،ثم نسبه لموروثه فلا يكلف بموت ولا إراثة، وإن ابتدأ بنسبة الملك لموروثه ثم نسبه لنفسه، فهذا هو الذي يكلَّف بالموت والإراثة، واستدل على ذلك الرهوني بكلام الأبي، ووافقه على ما قال في ذلك التوَيْلف جماعة من أهل عصره الخ..، فقيَّدت فيها ما نصه : الحمد لله، لا تسمع للمدَّعي المذكور دعوى ولا ينظر في صحتها أو بطلانها بوجه ولا بحال إلا بعد إثباته موت المرأتين وعدة ورثتهما، وأنه لا وارث لهما سواه من النساء والرجال،

وكتُب المتأخرين طافحة بنصوص المسألة، وما تحتاجه من الانقال. ففي ابن سلمون ما نصه : قال ابن رشد : الذي مَضى به العمل وأفتى به شيوخنا أن من ادَّعى عقارا بيد غيره زعم أنه صار اليه عمَّن ورثه عنه،أن المطلوب لا يسأل عن شيء حتى يثبت الطالب موت موروثه الذي ادَّعى أنه ورث ذلك عنه ووارثته له، فإذا ثبت ذلك وُقف المطلوب حينئذ على الإقرار والإنكار خاصة، ولم يسأل من أين صار له، فإن أنكر وقال : المال مالي، والملك ملكيء ودعواك فيه باطلة، اكتفى بذلك ولم يلزمه أكثر منه، وكلِّف الطالب إثبات المِلك الذي زعم أنه ورثه عنه وموته ولِرثته له، فإن أثبت ذلك على ما يجب،سئل المطلوب حينئذ من أين صار له، وكلِّف الجواب عن ذلك باختصار، ونحوه لابن سهل ويأتي، وقال الإمام المازري في شرح مسلم : وجه القضاء عندنا، أن من ادَّعى شيئا بيد غيره وزعم أنه صار اليه من أبيه فإنه يكلف إثبات وفاة أبيه وعدة ورثته الخ..، ووجَّهه القاضي عياض فقال : إذ قد يكون الأب حيّا أو يكون له ورثة غير القائم، فكيف يحكم القاضي بين اثنين في مال ثالث قد أقرَّ الطالب أنه له أو يسمع دعوى فيه، ولعل الأب المعترف له لو كان حيّاً لا يطلب هذا المال أو يعترف أنه صيَّره لمن هو بيده. (هـ). نقله الأبي في شرح مسلم، ونحوه للشيخ التّاودي في أجوبته، فإنه سئل عمَّن ادَّعى على آخر في مِلك بيده أنه مِلكه صار إليه من قبل جدِّه أو جد أبيه، فهل يكلف في ذلك إثبات الموت، وعدَّة الورثة للجد المدَّعي أو لا يكلَّف بذلك ؟ فأجاب : لا بدَّ من إثبات الموت وعدَّة الورثة وإن طال الزمان، وكثرت الأموات وتعددت الوراثات، ولا تسمع من المدَّعي دعوى، ولا ينظر في صحتها أو بطلانها إلا من بعد ذلك، وهذا من البديهيات عند الحكام، ولا خلاف بينهم فيه إلى أن قال : كيف يصح أن يجري هذا في مثل ما يترتب عليه انتزاع الأملاك من يد حائزها السنين المتطاولة،أم كيف يصح أن تسمع دعوى المدَّعي في النازلة دون موت المالك الأول، وعدة ورثته وموت من مات منهم،وعدة ورثتهم إلى هذا القائم حتى يعلم ما ينوبه في الدار المتنازع فيها، هل جزء من عشرة أو جزء من مائة مثلا فيدَّعي بمعلوم، فإطلاق الأئمة أنه لا بدَّ فيمن ادَّعى حقا لميت أن يثبت الموت وعدة الورثة صحيح قف عليه.

وقال الشيخ الرهوني في حواشيه : السبب الذي لأجله أوجب العلماء إثبات الموت وعدَّة الورثة، هو احتمال أن يكون الموروث حياً، وعلى احتمال أن يكون ميتا، يحتمل أن يكون هذا القائم غير وارث فيه، وعلى احتمال أن يكون له في تركته جزء من عشرة أو جزء من مائة الخ... ونصوص العلماء بهذا المعنى كثيرة وهي كلها مفيدة، إن هذا المدَّعي هنا لا تسمع دعواه إلا بعد إثبات وفاة المرأتين وعدة ورثتهما،وأنهما لا وارث لهما سواه. وأما استدلال ذلك الفقيه بكلام الشيخ الرهوني في ذلك التوَيْلف،ونسبته له ما ذكر فغير سديد.

أمَّا أولا، فإن الرهوني مصرح في ذلك التوَيْلف بأنه لا فرق بين أن ينسب المِلك أولاً له ثم لموروثه وبين أن يعكس الكل عنده سواء، وبنقل كلامه يرتفع النزاع. وإنما نازلة الرهوني التي ألَّف فيها ذلك التوَيْلف،ونقل عنها كلام الأبي هي أن ينسب المِلك لجدِّه أولا،ثم لأبيه ثانيا،ثم لنفسه ويدَّعي الغصب منه، والتي في كلام الأبي أن ينسب المِلك له ولموروثه قبله ويدَّعي الغصب منه لا من موروثه، وذلك أنه استدلَّ على المسألة التي وقع فيها النزاع بمسألة الأبي، ثم قال : ومن تأمَّل القضيتين وأمعن النظر فيهما وجدها متفقتين في المعنى، إذ كل منهما ادَّعى أن هذا مِلك له كان لأبيه قبله، وأن المدَّعى عليه غلبه عليه وتعدَّى عليه فيه، غير أن كلام الحضرمي أي ما في الحديث تقدم فيه نسبة المدَّعى فيه لنفسه وتأخرت نسبته لأبيه، ودعوى النزاع بالعكس، ومثل هذا لا تختلف به الأحكام، إذ لم يمنع من ذلك مانع كما سيأتي، فاختلاف الأحكام إنما هو لاختلاف المعنى،أو لوجود مانع، فأما الألفاظ وحدها فلا أثر لاختلافها لأنها غير مقصودة في نفسها، وإنما هي قوالب للمعاني، ومعلوم ما قيل في الوقوف مع الألفاظ على أن السفيه في كلام الحضرمي إنما هي في اللفظ فقط، فهي صورية لا حقيقية، إذ لا يعقل سفيه مِلكه مِلك أبيه مع أنه انجرَّ إليه من قبَلِه،وإلا لزم سَبَقية المسبَّب على سبَبِه، فسَبَقِية مِلك أبيه،وإن لم تكن صريحة في كلامه، فهي مأخوذة منه بدلالة الالتزام أو التضمُّن. (هـ).

وأما ثانيا، فإن الرهوني معترف في ذلك التُّويْلف بأن ما أفتى به أنكره

غالب من يتعاطى الفقه من أهل عصره، من مدرسيه وقاضيه ومفْتيه، وأن الحاكم في النازلة نفذ بخلاف قوله، وهذا الوجه وحده كاف في ضعفه وعدم اعتماده ونصه : هل يشمل كلام ابن رشد الذي نقله الموّاق وابن سلمون والشيخ ميّارة، وأشار له الزقاق بقوله : ومن يدَّعي حقا لميت ليثبتَن... له الموت والورَّات الخ... مسألة : من قال مدَّعيا على غيره أن هذا الذي بيدك مالي ومِلكي وورثته عن أبي مثلا، وكان بيَّدي فتعدَّيت أنت عليَّ فيه وأخذته من يدي تعديا أو لا يشمل هذه فلا يكلف بإثبات الموت وعدَّة الورثة، بل يكلَّف المدَّعى عليه في هذه بالجواب بالإقرار،أو الإنكار دون إثبات وقع في ذلك نزاع عظيم، فأفتيت بأنه يكلَّف بالجواب أولا،لأنه لو اقتصر على قوله : هذا مالي ومِلكي وتعدَّيت أنت عليَّ فأخذته من يدي لكُلِّف بالجواب قولا واحدا، فزيادة قوله:مع هذا أورثته من أبي لا تضر، إذ مقصوده به تحقيق ملكيته له لا نسبته لأبيه، ووافقني غيري، وخالفني بعض أهل العصر ممن كان يشار إليه بالفقه، وكثر في ذلك النزاع حتى ألفت في ذلك تأليفا مستقلا وافق على تسليم ما فيه جماعة من أعيان علماء العصر، نصه أي بعد الخطبة، وقعت نازلة في هذه السنة وهي سنة مائتين بعد الألف وهي مدَّع ادَّعى في مِلك بيد غيره أنه كان مِلكا لجدِّه ثم تملكه أبوه من بعده عشرين سنة، ثم تملكه هو بعده مدَّة إلى أن تعدى عليه المدَّعى عليه فترامى فيه على وجه الظلم والتعدي قبل هذه السنة، فوقعت الفتوى من بعض بأن المدَّعي لا يكلف بإثبات موت جدِّه وأبيه وعدد ورثتهما، حيث أثبت المِلك لنفسه، وأنه تعدى عليه فيه، وأن سماع الدَّعوى لا يتوقف على إثبات ما ذكر، واستدل بكلام الأبي في إكمال الأكمال، فأثبت المدَّعي موت أبيه وعدد ورثته وملكيته للمدَّعى فيه عشرين سنة إلى أن مات وتركه لورثته، وأنه بقي على ملكهم إلى أن تعدَّى عليه المدَّعى عليه قبل هذه السنة على وجه الظلم والتَّعدي، وكل ذلك طبق دعواه، فلم يقنع الحاكم منه بما أثبته، وكلفه إثبات موت جده أو عدد ورثته وملكيته لذلك، واستمرارها إلى أن مات وتركه لورثته، وأنه بقي على ملكهم إلى أن تعدَّى عليه المدَّعى عليه، قبل هذه السنة على وجه الظلم والتَّعدي، وكل ذلك طبق دعواه، فلم يقنع الحاكم منه بما أثبته، وكلفه إثبات موت جده وعدد ورثته وملكيته لذلك واستمرارها إلى أن مات

وتركها لولده، فاستظهر المدَّعي بتلك الفتوى، فأنكرها غالب من يتعاطى الفقه من أهل العصر من مدرسيه وقاضيه ومفتيه، واختلفت آراؤهم في ذلك، وكثر القيل فيه، ثم رفع قاضي البلد الخصمين لقاض آخر بإلزام الخصم بموت جدِّه وعدد ورثته وإثبات المِلك له ما هو معلوم الخ... وأنه لا تسمع له دعوى ولا ينفعه ما بيده مما ذكرنا قائلا في حكمه عملا بقول ابن رشد المشار اليه في الفتوى أعلاه يليه، وبإلغاء الفتوى قبلها المنقول فيها، كلام الأبي: إذ لا حجة فيه لوضعه في غير محله حكماً تاما أنفذه وأمضاه. الخ...

وأما ثالثا، فإن احتجاج الرهوني رحمه الله على عدم تكليفه في هذه الصورة بقوله : لأنه اقتصر على قوله : هذا مالي ومِلكي، إلى قوله : لكلف بالجواب قولا واحدا، فيه نظر ظاهر، لأنه يقال له : جميع الصور التي يكلف فيها المدَّعي بإثبات الموت والإراثة إذا اقتصر فيها على قوله : مالي ومِلكي، يكلَّف المدعى عليه بالجواب قولا واحدا. فلو اعتبرنا هذا التعليل، لم يكلف بذلك أحد من المدَّعين أبدا، فالصواب حذفه لخروجه عن الموضوع الذي هو عدم الاقتصار عليه، وذلك بأن يقال له : قولك لو اقتصر على قوله : مالي ومِلكي لكفاه ذلك الخ... مسلم، ولكنه لم يقتصر عليه، فلم يكفه ذلك، ويكلف بالموت والإراثة، فما قاله حجة عليه لا له، تأمله. وبيان ذلك أنه مع تلك الزيادة يكون مقرا بأن الشيء المدَّعى فيه مِلك لغيره، وأنه تصير إليه بالميراث منه، فلا بد أن يثبت ذلك، لاحتمال أن هذا الغير حي، وعلى تقدير موته يحتمل أنه غير وارث فيه أو أنه وارث فيه،لكن جزء تافه لا الكل، ولو اقتصر على نسبته لنفسه لم يكن مُقره بأنه لغيره فلا يلزمه شيء، فبين الصورتين مسافة وبون كما بين الضب والنون. وأما قوله : إذ مقصوده تحقيق مِلكيته لا نسبته لأبيه الخ... فمعارض لمثله، لأن من ادَّعى أرضا في مِلك بيد غيره،وقال : إنه لجده وأبيه، ومنهما تصيَّر إليه إنما مقصوده أنه مِلك له، وإنما ذكر الأب والجد توطية لذلك، وأيضا إنما يعمل بمقتضى لفظه لا بمقصوده، لأنه يريد أن ينزع مِلك الغير من يده. قال في نوازل معاوضات المعيار : إن الإنسان يواخذ فيما بينه وبين المخلوقين بظاهر لفظه. وقال أبو الحسن : لو سومح

لكل متكلم صرف لفظه عن ظاهره لم يوثق بإقرار مُقر ولا عقد عاقد الخ... وفي المختصر : «يؤاخذ المكلف بلا حجر بإقراره الخ...» وإنما يعمل بمقصوده فيما لم يتعلق به حق لغيره كنيته في حلفه وصدقته وإخراج ماله من يده ونحو ذلك.

وأما رابعا، فإن الرهوني رضي الله عنه إنما اعتمد في فتواه على كلام الإمام الأبي وحده، ولا تصح متابعته لمخالفته كل من تقدّمه،ومن أتى بعده حسبما نقلناه قبل هذا وذاك، لأن المستثنى لهذه من إثبات الموت وعدّة الورثة إنما هو الأبي فقط، مخالفا لما اتفق عليه غيره من الأئمة كلّهم، كابن رشد، والمازري، وعياض، وابن سهل، وعليه، فلا يجوز العدول عما اتفقوا عليه إلى أن ما قاله واحد منهم بخصوصه، إذ التفرد بالقول من علامة الشذوذ والفتوى بالضعيف لا تسوغ. ونصه : أما كلام الأبي فهو على قضية الحضرمي والكندي المذكورة في كتاب الأيمان من صحيح مسلم، ففيه عن علقمة بن وائل عن أبيه، قال:جاء رجل من حضرموت،ورجل من كندة إلى النبي ﷺ، فقال الحضرمي : يا رسول الله، إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي : هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال النبي ﷺ للحضرمي : ألك بيّنة ؟ قال : لا، قال : فلك يمينه. قال يا رسول الله : إن الرجل فاجر لا يبالي ما حلف وليس يتورع من شيء، قال : ليس لك منه إلا ذلك فانطلق ليحلف، فقال رسول الله ﷺ لما أدبر : أما إن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقينّ الله عز وجل وهو عنه مُعرض. (هـ). ثم قال : ونص المحتاج إليه من كلام الإكمال هو قوله ناقلا عن الإمام المازري عن بعض أهل العلم من متأخري الفقهاء على هذا الحديث ما فيه من الفوائد، فقال : في هذا الحديث دلالة على أن صاحب اليد أولى بالشيء المدّعى فيه ممن لا يد له عليه، فذكر فوائد، إلى أن قال : وفيه أن المدعي وإن أقر بأن أصل الشيء المدّعى فيه كان لغيره، لم يكلف تثبيت جهة مصيره إليه ما لم يعلم إنكاره لذلك، وذلك أنه قال : غلبني على أرض كانت لأبي فأمكنه من المطالبة. قال الإمام يعني أبا عبد الله المازري قوله : إن المقر بأنّ أصل الشيء لغيره لا يكلّف تثبيت جهة تصيره إليه، فإن وجه القضاء عندنا أن من ادّعى

شيئا بيد غيره، وزعم أنه صار إليه من أبيه فإنه يكلف إثبات وفاة أبيه وعدَّة ورثته. ولعل هذا الذي في الحديث علم موت أبيه وأنه وارثه أو يكون من بيده الأرض سلم له ذلك، ولعل قوله«ها هنا ما لم يعلم إنكاره لذلك»إشارة إلى ما قلناه من تسليم المطلوب له ما قال على أن قوله : ما لم يعلم إنكاره لذلك، كلام فيه إجمال نقلناه كما وجدناه، ولعل معناه : ما بيَّناه أو يكون الضمير في قوله : إنكاره عائدا على من نسب إليه المِلك أولا، كأبي هذا الرجل، فيكون إنكار المنسوب إليه المِلك أولا انتقال مِلكه إلى هذا المدَّعي مانعا من توجيه دعوى هذا المدَّعي على من بيده الشيء المطلوب إلى أن يثبت انتقال الملك. قال القاضي أبو الفضل رحمه الله وفقه الله : أو يكون من بيده الأرض سلم له ذلك لا يوجب عندنا في الحكم شيئا إلا رفع يد المسلم دون الحكم للمدَّعي، إذ يكون الأب حياً أو يكون له ورثة غير القائم، فكيف يحكم القاضي بين إثنين في مال ثالث أقر الطالب أنه له، أو يسمع دعوى فيه، ولعل الأب المعترف له لو كان حياً لا يطلب هذا المال،أو يعترف أنه صيَّره لمن هو في يده. انتهى المحتاج اليه من الإكمال بلفظه. قال الإمام العلامة أبو عبد الله الأبي بعد أن نقله بالمعنى ما نصه :

قلت : تأمَّل، فإن الصورة التي تعقب بها الإمام،وأنه لا بد فيها من اثبات الوفاة ليست هي نازلة الحضرمي التي قال فيها : المتأخر لا يحتاج إلى إثبات وفاة، فإن الحضرمي قال : غلبني على أرض كانت لأبي، فهو إنما ادَّعى الغصب منه أرضا تصيَّرت إليه من أبيه لم يكن عليه إثبات الوفاة، وإنما يكلف ذلك إذا ادَّعى أن الذي بيد غيره صار له من أبيه، وهي الصورة التي تكلم عليها الإمام أي المازري. ولفظ الأم أي لفظ المصنف ظاهر في أن الغصب إنما هو من الحضرمي لا من أبيه. وقد وقع في أبي داوود ما هو أصرح. وهو، فقال الحضرمي : أرضي غصبها أبو هذا، وهذا نص يرفع الإشكال، والعجب من القاضي والإمام كيف خفي عليهما ذلك. (هـ). إلى أن قال ما قاله بعض المتأخرين وصححه الأبي هو الذي يشهد له كلام الإمام العلامة النوازلي سيدي إبراهيم بن هلال،ويدل له منطوقا ومفهوما، وذلك أنه ذكر في نوازل الشهادات من الدُّر النثير سؤالا ثم جوابا

عنه لأبي الحسن، نَص المحتاج اليه من السؤال لطوله هو قوله في أثناء مخاطبتهما : ذكر المدَّعي أن الفدّان المذكور تصيَّر لأبيه من جده بعد أن أثبت المدَّعي المذكور الرسم المتضمن أن الفدان كان مِلك أبيه إلى أن توفي، وأعذر القاضي فيه للمدَّعى عليه، فهل يلزم المدَّعي أي الإثبات ما ذكره من أنه كان لجدِّه وأنه تصيَّر لأبيه من جدِّه،والحالة ما ذكر أو لا يلزمه ذلك، بل يكفي ما أثبته من أنه لأبيه وورثته. ونص المحتاج اليه من الجواب، وأما إذا نسب المدَّعي ما أثبت لوالده ولجده فعليه أن يثبت تملكه لجدِّه واستمراره بالواجب إلى أن ورثه عنه والده، وبالله التوفيق. قال العلامة المذكور ما نصه : وقول الشيخ رحمه الله، وأما إذا نسب المدعي لجدِّه ما أثبته لوالده فعليه أن يثبت مِلك جدِّه إياه، وجهُه والله أعلم : أن الشهود إنما شهدوا بملكية المِلك لأبيه لا لجده فكأنه كذبهم، وفيه نظر،لأنه قال: تصيَّر له منه إما بميراث أو نحوه. (هـ). فتأمَّله.

قلت : من تأمَّل وأنصف وتكلم بالحق ولم يتعسَّف ظهر له أن ما أفتى به أبو الحسن فيه ردٌّ على ما قاله الأبي،وعلى ما أفتى به الرهوني. وأن كلام ابن هلال المذكور ، لا تأييد فيه لما قاله الأبي، ولعمري إن ما فصَّله الأبي مخالف لما أطلقوه بأجمعهم. وقد قال حامل راية النوازل أبو العباس الونشريسي في نوازل البيوع من المعيار نقلا عن المشدالي ما نصه : وقد قال الشيخ أبو الحسن وغيره:إن الظواهر إذا ترادفت على وتيرة واحدة فإطلاقها مقصود. (هـ). قال الرهوني بعد نقله في فصل الحضانة ما نصه : وإذا كان إطلاقها مقصودا فهي حينئذ نص فقهي وأصولي لا فقهي فقط، فإذا تقرر هذا علم أن مسألة النزاع منصوصة. (هـ). وقال الشيخ جسوس في شرح المرشد المعين ما نصه : وقد قالوا:إن الظواهر إذا تكررت في شيء أفادت القطع به. (هـ). وقد قال أبو العباس الهلالي في نور البصر عند الكلام في مسألة، ما نصه : وإمامة أبي محمد العبدوسي لا تنكر، وليست تقتضي أن يترك المذهب كله وتلغى نصوص جميع أئمة المذهب لفتواه التي لم يَظْهر لها مستند. (هـ)،والله أعلم. وأما خامسا : فإن ما ذكره الإمام الأبي من التفريق بين الصورتين غير بيِّن، والعلة التي ذكرها القاضي عياض وغيره في

سبب التكليف بالموت وعدد الورثة موجودة فيهما معاً دون مَيْن، لأنه قال : إن الصورة التي تعقب بها الإمام ليست هي نازلة الحضرمي، فإن الحضرمي قال : غلبني على أرض كانت لأبي فهو إنما ادَّعى الغصب منه أرضا تصيَّرت إليه من أبيه لم يكن عليه إثبات الوفاة، وإنما يكلف ذلك إذا ادَّعى أن الذي بيد غيره صار له من أبيه، وهي الصورة التي تكلم عليها الإمام الخ..، فانظر قوله :كانت لأبي، وقوله:تصيَّرت إليه من أبيه، فإن هذا إقرار منه بملكيتها لأبيه،فيحتمل أن أباه حيٌّ أو أنه ميِّت،ولكن ليس هو وارثه أصلا أو ليس وارثه وحده، بل معه ورثة آخرون. ولذا قال القاضي عياض رضي الله عنه : تسليم من بيده الأرض للمدَّعي موت أبيه لا يوجب عندنا في الحكم شيئا إلا رفع يد المسلِّم دون الحكم للمدَّعي، إذ قد يكون الأب حياً أو يكون له ورثة غير القائم، فكيف يحكم القاضي بين اثنين في مال ثالث قد أقر الطالب أنه له أو يسمع دعوى فيه، ولعل الأب المعترف له لو كان حياً لا يطلب هذا المال،أو يعترف أنه صيَّره لمن هو في يده. (هـ). فكلامه كما ترى صادق على هذه الصورة، لأن المدَّعي أقرَّ بأن المدَّعى فيه كان لغيره وهو موروثه فلا بدَّ من إثبات دعواه، وأنه تصيَّر إليه منه حتى يُعلم بذلك صدق دعواه، ولذا قال ابن سهل : طريقة الحكم التي مضى بها العمل أن على كل من طلب حقا بسبب ميِّت أن يكلف إثبات موته وعدَّة ورثته، وإن كان موته مشهورا عند الحاكم وغيره. (هـ). فكلامه صادق بصورة الأبي قطعا تأمَّله.

وأما قول الأبي:وقد وقع في أبي داود ما هو أصرح، وهو فقال الحضرمي: أرضي غصبها أبو هذا الخ... فيعني أن هذه الرواية صريحة في عدم تكليف المدَّعي بموت أبيه وبعدة ورثته،لأنه نسب مِلك الأرض له فقط ولم ينسبها لأبيه، وهذا الذي قاله مسلم، ولكنه خارج عن الموضوع الذي هو نسبة المِلك له ولأبيه قبله فتأمَّله. وأما قوله : والعجب من الإمام والقاضي كيف خفي عليهما ذلك ففيه نظر، إذ لم يخف عليهما ذلك، وإنما مرادهما تكليفه بذلك في الصورتين معا،والله أعلم.

فإن قلت : إذا كان لا فرق بين الصورتين كما ذكرت،فعلى ماذا يحمل الحديث الكريم مع أنه ﷺ لم يكلف المدّعي بإثبات موت ولا إراثة.

قلت : يحمل على ما ذكر الإمام المازري كما تقدم، أن هذا المدّعي علم موت أبيه،وأنه وارثه أي تحقق ذلك ببيّنة،والله أعلم.

وأما سادسا : فبتقدير أن الأبي لم يتفرد بذلك، وأنه وافقه غيره فيما قاله، فإن ما قاله ابن رشد والمازري وغيرهما هو الذي جرى به العمل، وهو مقدَّم على غيره،ولو كان مشهورا،كما قاله أبو زيد الفاسي في عملياته ونصه :

وما به العملُ دون المشهورْ   مُقدَّمٌ في الأخذ غيرُ مهجورْ

وعليه،فلا وجه للإفتاء بما لم يجر به عمل،والنكير على من أفتى أو حكم بما جرى به العمل، والدليل على جري العمل بما قالوه، هو قول ابن سهل ما نصه : طريقة الحكم التي مضى بها العمل أن على كل من طلب حقا بسبب ميِّت أن يكلف إثبات موته وعدة ورثته،وإن كان موته مشهوراً عند الحاكم وغيره. (هـ). ونظمه في العمل المطلق، فقال :

وكل من يدَّعي حقا بسببْ   ميْتٍ عليه بالشَّريعة وجبْ
إثبات موته وعد الورثة   الخ...

وقال القاضي الفشتالي في وثائقه : الذي مضى به العمل وأفتى به الشيوخ، أن من ادَّعى شيئا بيد غيره أو في ذمَّته، وأنه صار إليه عن موروثه،أن المطلوب لا يسأل عن شيء حتى يثبت الطالب موت موروثه وعدة ورثته الخ... وتقدم نحوه في كلام ابن سلمون،ومثله في المتيطية واختصارها لابن هارون، ونحوه في طرر ابن عات. فهذه النصوص كلها صادقة بتلك الصورة التي أخرجها الأبي من هذه القاعدة، وتبعه الرهوني في فتواه، وكان من حقهما معاً أن يؤيدا ما قالاه،ولو بنص واحد من كلام الأئمة،لما علمت أن كلامهما مخالف للنقل، والله الموفق.

وأما سابعا، فقول الشيخ الرهوني رحمه الله تأييدا لكلام الأبي ما نصه:قول القائل : هذا ملكي ورثته من أبي، كقول القائل لشخص : هذا الذي بيدك

مِلكي لإشتريته من فلان أو وهبه لي أو تصدق به عليَّ، فكما لا يتوقف سماع دعواه على إثبات اشترائه أو هبته أو صدقته، وتنفعه بيِّنة المِلك إن أثبتها. فكذلك مسألتنا بجامع أن كلا ادَّعى المِلكية وبيَّن سببها، إذ كل من الإرث والاشتراء وما ذكر معه أسباب لنقل المِلك. (هـ). قياس منه مع وجود النص بخلافه فهو باطل، ويسميه الأصوليون بالقياس الفاسد الوضع، ومن المعلوم المقرر في الأذهان أنه لا قياس مع وجود النص. ثم استدل الرهوني على ما قاله من ادَّعى الشراء لا يكلف بإثباته فقال : فقد نقل صاحب المعيار وغيره عن النوادر : إن من ادَّعى الشراء والمستظهر به لا ينتفع به إلا أن يقيم الشهادة بطول المِلك الخ... وقال في آخر كلامه : وسواء ذكروا الشراء أم لا، وقد ذكروه في الإرفاق. وقال بعده ما نصه : وتلقى هذا الفقه بالقبول والتسليم غير واحد من المشايخ إلى آخر كلامه. فقف عليه إن شئت. (هـ).

قلت : فَهْمُ ما قاله من هذا الكلام بعيد لا يصح، فتأمَّله. بل قول الإمام عياض رحمه الله : كيف يحكم القاضي بين اثنين في مال ثالث قد أقر الطالب أنه له الخ... يدل على خلافه، والله أعلم.

وأما ثامنا : فإنه عُرف بالأبي وبتأليفه الإكمال، وذكر ثناء الناس عليهما. ثم فرَّع على ذلك ما نصه : فإذا تقرر هذا علم أنه يجب على المفتي والقاضي متابعة الأبي فيما نص عليه وأبداه، وأن يقف كل منهما عنده في قضائه وفتواه ولا يتعدَّاه الخ... فاقتضى كلامه أن جميع ما قاله الأبي في ذلك التأليف يحكم به ويقدم على غيره، ويجب على القاضي والمفتي الوقوف عنده، وفيه نظر ظاهر لقولهم : كل كلام فيه مقبول ومردود إلا ما صح لنا عن سيدنا محمد ﷺ. ويقول المختصر : قلما يخلص مصنف من الهفوات أو ينجو مؤلف من العثرات، بل الذي يجب الجزم به أن كلام الأبي لا يعمل به في هذه النازلة، كما نصوا عليه : أن الحكم والفتوى إنما يكونان بالقول المتفق عليه، أو المعمول به، أو المشهور، أو المساوي لمقابله. وليس كلام الأبي واحدا من الأربعة،بل من الشاذ فينقض الحكم به عملا بقول الفاسي في عملياته :

حُكم قضاة الوقت بالشذوذ ينـقض لا يتم بالنفـوذ

وحاصله:(أي حاصل كلام الرهوني)، أن الذي يكلف بالموت وعدد الورثة إنما هو من ادَّعى في مِلك بيد غيره، وذكر أنه تصيَّر له من أبيه مثلا، وأما من ادَّعى أن المِلك له وغصبه منه المدَّعى عليه فلا يكلف بذلك، ولو نسب تملكه لأبيه أو جده قبله مثلا. ولكن هذا التفصيل لم يقل به أحد سواه ولا عرَّج عليه غيره ولا ادَّعاه. فقد قرر شراح الزقاقية وحواشيها قولها :

ومن يدَّعي حقا بميت ليثبتن له الموت والوراث بعض لتفصلا

على الاطلاق، ولم يفصل واحد منهم تفصيله ولا أشار إليه بحال، وذلك دليل على ضعفه بلا إشكال. فلم يذكره الشيخ ميّارة،ولا سيدي عمر الفاسي،ولا الورزازي ولا ابن عبد السلام بناني،ولا الشيخ التّاودي في شروحهم لها، ولا العلامة الشدّادي، ولا شيخه المحقق سيدي يعيش الشاوي في حواشيهم عليها، ولو كان معتمدا ما أغفلوه وتواطؤوا على تركه وأهملوه، وتقدم أنه أنكر الفتوى به جل من يتعاطى العلم من قاض، ومفت، ومدرس، ونفذ بخلافه الحكم.

وأما تاسعا : فإنه يشعر كلامه حيث عرف بالأبي فقط، واقتصر عليه وفرَّع عليه أنه يجب على القاضي والمفتي متابعته أن الإمام المازري وعياضا وابن رشد بخلاف ذلك، وذلك سهو واضح. بل هؤلاء الثلاثة كلهم أعلى مرتبة من الأبي بكثير، فقد قال هو بنفسه أول باب الحوالة ما نصه : ليس الشأن معرفة الحق بالرجال،وإن كنت ولا بدَّ ممَّن يعرفه بهم، فلا تغفل عن جلالة أبي إسحاق الملقب بالنظار، وأبي عبد الله المازري الذي قال فيه في الديباج : لم يكن في عصره للمالكية أفقه منه،ولا أقوم لمذهبهم في سائر الأقطار، وقيل فيه:أنه بلغ درجة الاجتهاد المطلق، وأبي الوليد ابن رشد الذي قال فيه الإمام ابن مرزوق : أنه المقدَّم نقلا وفهما، شهد له بذلك ابن عبد السلام، فمن فوقه وأنشد فيه ما هو معلوم. (هـ). وقال الزرقاني في فصل الاستحقاق معترضا على ابن ناجي ما نصه : وابن رشد ثقة فيكفي، وقد أنشد فيه بعض العلماء ما قاله بعض بني

المهلب في واحد منهم يدعى أبادلف :

إنما الدنيـــا أبودلـــف بين باديها وحـــــاضره
فإذا ولَّـــى أبودلـــف ولَّت الدنيا على أثره

وقال أبو العباس الهلالي فيه : زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب ومقدَّمهم المشهود له بصحَّة النظر وجودة التأليف والفقه، وكان إليه المفزع في المشكلات بصيرا بالأصول والفروع إلى أن قال : وإليه كانت الرحلة للتَّفقه من أقطار الأندلس، وممَّن أخذ عنه عياض. (هـ). وقال ابن غازي على قول المختصر : وبالظهور لابن رشد الخ... ما نصه . خص ابن رشد بالظهور، لظهوره واشتهار تقدمه على أهل زمانه كما تقدَّم. (هـ). وقال الإمام القوري مفتي فاس فيه كما في نوازل العلمي ما نصه : جرت عادة الشيوخ بتقديمه على غيره من الشيوخ لرسوخه في العلم، ودرايته بالروايات، وتحقيقه لها، وتقديمه للقضاء والفتيا بإجماع من جُلِّ معاصريه. (هـ). وقال بعد ذلك : محتسب الفقهاء وزعيمهم . لابن رشد. (هـ). وقال ابن غازي أيضا على قول المختصر: وبالقول للمازري الخ... ما نصه . وخص المازري بالقول، لأنه لما قويت ملكته في المعقول والمنقول، وبرز على غيره من الفحول، صار القول هو ما قال حسبما أشار إليه من أجاد في المقال :

إذا قالت حذام فصدِّقوها فإن القول ما قالت حذام

فرحمة الله على المؤلف ما كان أدق نظره. (هـ). وقال الهلالي فيه : كان إمام المغرب، وصار الإمام لقبا له فلا يعرف إلا بالإمام. يحكى أنه رأى النبي ﷺ في النوم، فقال يا رسول الله: أحق ما يدعونني به، فقال ﷺ : وسع الله صدرك للفتيا، وكان آخر المشتغلين من شيوخ إفريقية بتحقيق الفقه المعروفين بدقة النظر ورُتبة الاجتهاد، وظهرت براعته وتصدره وسعة الاطلاع في صغره، ولقد صدق القائل :

إن الهلال إذا رأيت نموَّه أيقنت أن سيكون بدراً كاملا

فقد وصل المازري إلى درجة من العلم لم يصل إليها غيره في زمانه، ودرس أصول الدين، وأصول الفقه وفروعه، ولم يكن للمالكية في وقته في أقطار الأرض أفقه منه،

وسمع الحديث وطالع معانيه واطلع على علوم كثيرة كالطب والأدب والحساب، وكان يُفزع إليه في الطب، كما يفزع إليه في الفقه إلى أن قال : وممَّن أخذ عنه بالإجازة عياض كتب إليه من المهدية، فأجاز له كتاب المعْلم وغيره من تآليفه، وعلى المعْلم أسَّس عياض شرحه لمسلم المسمَّى بإكمال المعْلم ينقل فيه أولا كلام المازري، ثم يتبعه بكلامه هو. فجاء الكتاب عظيم الجدوى كثير الفوائد. (هـ). انظره فقد أطال فيه. وأما القاضي عياض فكان إمام وقته في الحديث وعلومه، عالما التفسير وجميع علومه أصولياً عالماً بالنحو وباللغة وكلام العرب وأيامهم وأنسابهم، بصيرا بالأحكام عاقداً للشروط حافظاً لمذهب مالك، وله من التصانيف البديعة : اكمال المعْلم في شرح مسلم، وكتاب الشفا بالتعريف بحقوق المصطفى، أبدع فيه كل الإبداع وسلم له أكفاؤه كفايته فيه،ولم ينازعه أحد في الإنفراد به،ولا أنكروا مزية السَّبق إليه. بل تشوفوا للوقوف عليه وأنصفوا في الاستفادة منه وحمله الناس عنه، وطارت نسخه شرقا وغربا، وكتاب مشارق الأنوار في تفسير غريب حديث الموطّا والبخاري ومسلم، وضبط الألفاظ والتنبيه على مواضع الأوهام، وضبط أسماء الرجال وهو كتاب لو كتب بالذهب أو وُّزن بالجوهر كان قليلا في حقه، وفيه أنشد بعضهم.

مشارق أنوار تبدَّت بسبْتَة ومن عجب كون المشارق بالغرب

وكتاب : التَّنبيهات على المدوَّنة، وكتاب : المدارك لمعرفة أعلام مذهب مالك، وكتاب : الإعلام بحدود قواعد الإسلام، وكتاب: الإلماع في ضبط الرواية وتقييد السماع، وكتاب : بُغية الرائد لما تضمنه حديث أم زرع من الفوائد، وكتاب : الغنية في شيوخه،وغير ذلك. وكان لا يخطب إلا بإنشائه وله شعر كثير حسن رائق، قاله في الديباج. ولأبي العبّاس المقري تأليف في مناقبه سمّاه : أزهار الرياض في مناقب عياض، ومدحه أيضا الأديب المكلاتي بقوله :

ظلموا عياضا وهو يحلم عنهم والظلم بين العالمين قديم
جعلوا مكان الراء عينا في اسمه كي يكتموه وأنه معلوم

ذكرنا بعض أوصاف هؤلاء الأئمة الثلاثة تبركا بها وتنبيها على ما خفي،ولم يذكر

منها، وإلا فأوصافهم أكثر من أن يحاط بها، وجلالتهم في الدين وتقديمهم نفي المعقول والمنقول ظاهرة لا غبار عليها،نفعنا الله بهم وحشرنا بمنّه وفضله في زمرتهم، إنه ولي التوفيق، والهادي إلى سواء الطريق. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

وكتب عليه جماعة من علماء العصر بالتأييد والموافقة.

منهم:صاحبنا الشريف العلامة المحقق قاضي الحضرة بفاس الجديد أطال الله بقاءه ونصه : الحمد لله الذي جعل العلوم منحا إلاهية ومواهب اختصاصية، وادَّخر لبعض من تأخر ما عجز عنه كثير ممَّن تقدم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير خلقه وأصفيائه، وأكرم رسله وأنبيائه، وعلى آله وأصحابه وأنصاره وعلماء أمَّته. وبعد، فقد طالعنا هذا التقييد الحفيل، والمصنف العجيب، الذي جادت به فكرة النبيه العلامة اللوذعي المحقق النفاعة الألمعي المفتي النفادة، الطَّود الغطريف المنيف ذي الفضل والسيادة، الشريف الأحفل أبي عيسى سيدي المهدي بن سيدي محمد الوزاني الحسني العمراني أطال الله بقاءه،وأدام النفع به وعلوه وارتقاءه، فإذا بهذا التقييد من أفضل التقاييد والفرائد، ومن المنح الإلهية الغزيرة الفوائد، وغير مستغرب ذلك من هذا الفقيه، فكم من تحقيقات أبرزها،وكم من فوائد قربها واقتطفها، وكم من مشكلات أوضحها، وكم من معضلات أبرزها وأزال مشكلها،جزاه الله خيرا وأدام النفع به للمسلمين بجاه النبي الأمين، وكتبه على استعجال في فواتح المبارك شهر شوال عام 1316 محمد بن رشيد العراقي الحسني،كان الله له آمين.

ومنهم:صاحبنا العلامة أحد المفتين بفاس، الحمد الله، حافظ دين الإسلام بحفظ العلماء الأئمة الأعلام، ومُسبغ نعمه على الأمة بما أولاهم من الفهم والإفهام، وحامي حماهم عن الشكوك والأوهام، والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد خير الأنام، وعلى آله وأصحابه البررة الكرام، ما زان الصِّدق لساناً ورفع الحق لإنسانا، وبعد، فإن من اطلع على ما أبداه مقيد هذا التقييد،وأحاط علما بأسرار ما يفيد، قضى لا جرم بجلالة مُبديه ومُنشيه، إذ هو لا محالة عنوان ما أكنَّه الله من

العلوم فيه، وبالتآليف والكتاب يزول الشك والارتياب أو يبدو الخطأ من الصواب، فلقد أجاد وأفاد، وبيَّن سبيل الرشاد، فجزاه الله خيرا عن العباد، لكن لا يستغرب وجود الدُّر في معدنه، والعود الهندي في موطنه، فإنه من سلالة الرسول، ونسل الزهراء البتول، لا زال للفضائل والفواضل موليا، وللحق مرشدا ومهديا، أوضح الله به أسرار التأويل،وألهمه الحق من الأقاويل، وأنار بصفاء خواطره الخطيرة غوامض الحقائق، وملأ بعوارفه ومعارفه المغارب والمشارق، وأنار للمقتدين به سبيل التحقيق والدراية، وهيأ أسباب التوفيق والهداية، وثبت به قواعد الدين، وأيده بنور اليقين، ومهَّد قواعد الشريعة بأحكامه، وأوضح أدلتها بتحقيقه وإتقانه وإحكامه، إنه على ما يشاء قدير، وبالإجابة جدير. قاله وكتبه عبد ربه العباس بن أحمد التازي لطف الله به.

ومنهم:صاحبنا الشريف العلَّامة سيبويْه زمانه، الحمد لله الذي جعل العلم نوراً يهتدي به كل ذي نظر سديد، وعُروة يتوثَّق بها كل موفَّق رشيد، والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد المنتخبين، وعلى آله وأصحابه الذين كانوا يقضون بالحق وبه يعدلون، وبعد، فقد وقف مقيده سامحه الله بمنِّه وأجال جياد فكره، فيما كتبه الأخ في الله المراقب لربه في سره ونجواه، العالم العلامة المشارك الفهامة، أبو عيسى سيدي المهدي بن الخضر الوزاني العمراني الحسني، فإذا هو حفيل صحيح، غير مفتقر إلى مزيد ولا تصحيح، شاهد لتحقيقه وإتقانه، ووُفُور علمه ودهائه، وعظيم مكانته في غاية الصحة والبيان، واضح وضوح شمس النهار، أجال فيه فكره وأعطاه كليته، وبحث غاية البحث عن تحقيق قضيته، وأتى البيوت من أبوابها، ورمى الجمار بمحصبها، فلقد أفاد وأجاد وأبدأ وأعاد، وقرر المسألة أحسن تقرير، وحررها أتمَّ تحرير، أبقاه الله نعمة للمسلمين وحشرنا وإياه في زمرة المنعم عليهم من النبيئين والصديقين والشهداء والصالحين، آمين،آمين لا أرضى بواحدة، حتى أضيف إليها ألفي آمين. وكتبه موافقا عليه،وعلى تصحيح الأئمة مشايخ الإسلام ومتبركا بهم، عبيد ربه وأسير كسبه، الراجي عفو مولاه، الغريق في بحر هواه، خليل صالح الخالدي الحسني وفَّقه الله.

ومنهم: صاحبنا العلامة المطلع المحقق ذو الأخلاق الحميدة والأوصاف الجميلة، سيدي حفيد بن محمد الشامي الخزرجي، ونصه : الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد هادي الأمة وولي النعمة، وعلى آله وأصحابه الفضلاء الأجلة، وبعد، فقد تأمَّل كاتبه سامحه الله بمنِّه وغفر له ولوالديه جميع ما تضمنته هذه الأوراق مما سطره الشريف الجليل الماجد الأصيل، العلامة المحقق الغطريف الأثيل صدر الصدور، والغرَّة في جبين الدُّهور، المالك لأزمة التحقيق والمعاني، أبو عيسى مولاي المهدي العمراني الحسني الشهير بالوزاني، حفظه الله ومتع المسلمين بحياته محفوفا بالأماني، فألفاه محفوفا بالتحقيق، منوطا بالتدقيق، برزت كلماته من مشكاة عليها آثار التحصيل تلوح، وهمَّة سامية تطمح الحقائق أي طموح، قد احتوت على غرر معاني، يخالها النّاظر مثاني، جلَت بكواكب أدِلتها النيرات، دياجي كثير من المشكلات، وعلى ثواقب مسائل ساطعة، هي رجوم لشياطين الأوهام قاطعة، فلله درُّه ما تصدى لمبحث من المباحث إلَّا ويأتي بما يشفي الغليل، وما تعرض لمعضلة إلَّا وينظمها في سلك الضروريات الغنية عن الدليل، وما تقسم تقسيما إلَّا ويستوفي جميع الأقسام، وما أتى على محل خلاف إلا ويورد كل ما قيل في المقام، ويذكر ما استدل به كل صاحب قيل، ثم يكرُّ بالنقض على دليل المرجوح من الأقاويل، ويعضد الراجح منها بمقدمات يقينية، ويدعمها بالأدلة العقلية والنَّقلية، فهو بحرٌ زاخر يستمد بتآليفه أهل العصر طُرا، وجدير بأن يقال فيه: كل الصَّيد في جوف الفرا، كثر الله من أمثاله بين أظهر المسلمين، بجاه شفيع المذنبين آمين. (هـ).

تذييل، وقع كلام أيضا في المدَّعي إذا كلف بالموت وعدد الورثة فقال : لا أحتاج إلى ذلك، لأن المدَّعى عليه مقر بموته وبأنِّي وارثه، هل يكلف شرعا بذلك أو لا ؟

فقيَّدت في ذلك ما نصه : الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وبعد، فإنه لا بدَّ من تكليف المدَّعي بذلك، ولو أقر المدَّعى عليه بأنه عالم بموته وبورثته، ولا يسقط ذلك عنه إقرار المدَّعى عليه، بل ولو أقر بذلك وبالمِلك أيضا

للمالك لم ينتفع المدَّعي بذلك. قال ابن عات في طُرره، قال المشاور : ولا يوقف المدَّعى عليه على الجواب إلا بعد إثبات المدَّعي موت من يقوم عنه وعدَّة ورثته وتناسخ الوراثات، فإن لم يثبت ذلك لم يكن له يمين على المطلوب، لأن من حجَّته أن يقول : إنَّ أباك أو ممن تدَّعي عنه حي، وسيقدَم ويُقر أنه لا حق له عندي، فإن قال المدَّعي : أنت عالم بموته وعدَّة ورثته، قال : وإن أقر بذلك لم يقبل لما فيه من إلزام الحقوق، وإنما يكون شاهدا. (هـ). وأما قول العلامة التسولي في حاشية الزقاقية : إن كلام المشاور مبني على أن الدَّعوى لا تتبعَّض، وأن الشهادة إذا ردَّ بعضها للسنَّة ردَّت كلها. اخ... فليس في كلامه إشعار به، وإنما هو شيء فهمه بعقله، لأنك قد رأيت كلامه خاليا من ذلك كلِّه، وما قاله المشاور وتبعوه نحوه للقاضي عياض في الإكمال معترضا على الإمام المازري في المعْلم، ونصه : قوله أي الإمام المازري وفقه الله، أو يكون من بيده الأرض سلم له ذلك، لا يوجب عندنا في الحكم شيئا، إلا رفع يد المسلِّم دون الحكم للمدَّعي، إذ قد يكون الأب حياً أو يكون له ورثة غير القائم، فكيف يحكم القاضي بين اثنين في مال ثالث قد أقر الطالب أنه له، أو يسمع دعوى فيه، ولعل الأب المعترف له لو كان حيا لا يطلب هذا المال، أو يعترف أنه صيَّره لمن هو في يده. (هـ). نقله الأبي في كمال الإكمال، فهو موافق لقول المشاور: وإن أقر بذلك لم يقبل لما فيه من إلزام الحقوق تأمَّله. ومراد المشاور بقوله: لم يقبل عدم القبول عند الحاكم، لأنه لو قبله وحكم به لكان حاكماً بموت الأب، فتقسم تركته، وتعتد زوجته، وتزوج عند انقضاء العدة، وتنفذ وصاياه، وتحل ديونه، ولا يصح شيء من ذلك دون ثبوت، سواء قيل إن قوله المذكور إقرار أو شهادة، أما الشهادة فلا بدَّ فيها من عدلين، وأما الإقرار فإنه لم يقر بلزوم الحق، وإنما أقر بالموت الذي لا يتضمن ذلك وألغي هنا بالكلية لما يترتب عليه ممَّا ذكرنا، تأمَّله. وقوله : وقد ذكرنا في شرح التحفة وجوب اليمين حيث قال : أنت عالم بموته، وإنّي من ورثته اخ... باطل.

أما أولا : فإن ما ذكره في الشرح لم ينقله عن أحد وإنما قاله تفقهاً، وهو مع ذلك مخالف لما نصوا عليه من أن دعواه لا تسمع ولا يستحق عليها جوابا، فكيف تجب له اليمين ودعواه ملغاة. قال في التبصرة : فإن قال المدَّعي أنت عالم بموته وعدَّة ورثته، قال: وإن أقر بذلك لم يقبل. الخ...

وأما ثانيا : فإن هذا قياس منه مع وجود النصِّ بخلافه فلا عبرة به، لا قياس مع وجود النص. وقال ابن عبد السلام بناني في شرح قول الزقاقية :

ومن يدَّعي حقا لميْت

ما نصه : فإن لم يثبت ذلك لم تسمَع دعواه ولا يمين له على المطلوب كما يأتي، لأن له حجة في أن يقول : إن أباك أو جدَّك، أو من أنت قائم عنه حي وسيقدم ويأخذني بحقه مرة أخرى. وقال أيضا عند قولها :

وإن يكن أهملا ثبوت فعَن مطلوب أسقط يمينَه...

فعند عجز الطالب عن إثبات موت مطلوبه وعدَّة ورثته، فلا يمين على الورثة، بل ولا تسمع للطالب دعوى إلا بعد إثباتها، كما في نص التبصرة. (هـ). وهذا من العجب كون الإنسان يقول : حكم الشيء من تلقاء نفسه من غير أن ينقل فيه نصا لأحد من أئمة المذهب، ثم بعد ذلك يحتج بأنه ذكره، وتلك الأنقال التي أطال بجلبها ليس في واحد منها تصريح بحكم النازلة، وإنما أراد قياسها عليها، وذلك لا يفيد شيئا لما هو مقرر أن القول المخرج لا يعمل به على تقدير صحة التخريج، كما قاله الشيخ ميارة في شرح التحفة وغيره. وقوله : لأنها دعوى آيلة إلى المال، وأن إقراره بذلك لازم الخ... فيه نظر، بل هي دعوى غير مسموعة فلا تؤول للمال ولا لغيره، وإقراره بذلك لا يقبل ولا يفيد شيئا كما تقدم عن القاضي عياض، والعلة التي ذكرها الأئمة في وجوب إثبات الموت وعدة الورثة حاصلة مع ذلك الإقرار، وبيان ذلك من ادَّعى على زيد بأن لوالده في ذمته مائة درهم، وقد مات وهو وارثه فأقر له بموته، فإنه لا يحكم عليه بأداء الديْن للمدَّعي لاحتمال أن والده حي أو أنه غير وارث فيه أصلا، أو أن معه ورثة آخرين فلا يُدرى كم ينوبه. قال

الشيخ الرهوني في حواشيه : السبب الذي لأجله أوجب العلماء اثبات الموت وعدة الورثة هو احتمال أن يكون الموروث حيا، وعلى احتمال أن يكون ميتا يحتمل أن يكون هذا القائم غير وارث فيه، وعلى أنه وارث فيه يحتمل أن يكون له في تركته جزء من عشرة أو جزء من مائة الخ... وهو مأخوذ من كلام القاضي عياض المتقدم. وقال الشيخ التّاودي في أجوبته : كيف يصح أن تسمع دعوى المدَّعي في النازلة دون موت المالك الأول وعدة ورثته وموت من مات منهم وعدة ورثتهم الى هذا القائم حتى يعلم ما ينوبه في الدار المتنازع فيها، هل جزء من عشرة أو جزء من مائة مثلا فيدَّعي بمعلوم. فإطلاق الأئمة أنه لا بد فيمن ادَّعى حقا لميت أو على ميت أن يثبت الموت وعدة الورثة، صحيح قف عليه. وفي شرح الزقاقية للشيخ ميارة ما نصه : قال في آخر كتاب العدَّة وطلاق السُّنَّة من المدوَّنة : وينظر الإمام في مال المفقود ويجمعه ويوقفه كان بيد وارث أو غيره، ويوكل به من يرضاه وإن كان في ورثته من يراه لذلك أهلا أقامه له، وينظر في ودائعه وقراضه ويقبض ديونه، ولا يبرأ من دفعها من غرمائه إلى ورثته لأنهم لم يرثوه بعد. (هـ). فانظر قولها : ولا يبرأ من دفعها من غرمائه إلى ورثته لأنهم لم يرثوه بعد، فهو صريح في أن المدين لا يدفع الدَّيْن لورثته إلا بعد ثبوت أنهم ورثة تأمَّله. ونقله أيضا في شرحها الشيخ التّاودي وشراح المختصر وقوله : ويبعد كل البعد أن ينفي المقر الشيء عن نفسه ونحن نثبته له الخ... فيه نظر، لأن اقراره هنا بالموت لا يستلزم الإقرار بالدَّيْن حتى يقال في إقراره نفي الشيء عن ملكه، بل لو أقر له بالموت والدَّيْن معا لم يلزمه لما نص غير واحد عليه : أن الإقرار إذا كان لا يفيد صاحبه كما هنا أنه يُلغى. ففي حواشي الشيخ بناني عند قول المختصر : وبدفعها مدَّعيا أنك أمرته به، ما نصه :

تنبيه في أحكام ابن سهل، قال ابن زرب عن ابن عبد الحكم : إذا كان لرجل على رجل حق فكتب له الى رجل عنده مال من دين أو وديعة أن يدفع إليه ماله، فدفع الكتاب الى الذي عنده المال فقال : أما الكتاب فأنا أعرفه وهو خطه، ولكني لا أدفع إليك شيئا فذلك له، ولا يحكم عليه القاضي بدفعه ولا يبريه دفعه إن جاء صاحب الحق فأنكر الكتاب. وكذلك لو قال : قد أمرني أن أدفع

إليك ولكن لا أفعل ذلك، فذلك له، لأن ذلك لا يبريه إن أنكر الذي له المال أو مات قبل أن يصل، ورأيت لسحنون غير هذا، أنه يقضي عليه بدفع ذلك لاقراره بأمر صاحب الحق له وكل له وجه. قال ابن سهل ما حكاه عن سحنون، حكى ابنه عنه خلافه. (هـ). فانظر قوله لأن ذلك لا يبريه الخ.. فكذلك هنا، إذ من حجَّته أن يقول أنا، وإن أقررت بموته فإنما ذلك لأمارة قامت عندي فقط ولم يثبت موته ببيِّنة، ولعله لا زال حيا وسيقدم ويقبض مني ما دفعته إليك، إذ لم يثبت موته ولا عندك وكالته. ونقل كلام ابن زرب صاحب المعيار في نوازل الشركة إلى قوله : وكل له وجه. ثم قال عن ابن سهل : وما حكاه عن سحنون فالظاهر فيه خلافه، قاله ابنه عنه فذكر ما لابنه. ثم قال هكذا في كتاب تفليس النوادر وهو مثل قول محمد ابن عبد الحكم، وكذلك قال ابن المواز وابن سحنون في هذا الأصل، ذكر ذلك كله عنهم ابن زيد في مواضع من نوادره. (هـ). وقال الحطاب ما قاله القابسي من عدم جبره على الدَّفع هو الذي جزم به القاضي عبد الوهّاب في المعونة، وعليه اقتصر اللخمي في كتاب الوديعة. وقال ابن فرحون في تبصرته : إنه المشهور. (هـ). وقال في معين الحكام، مسألة : وإذا صرح المبتاع بصحة ملك المبيع لمن باعه ثم طرأ استحقاق، فهل له رجوع على البائع أم لا، في ذلك روايتان : أحدهما : أنه يرجع على البائع ولا يضره إقراره وبه القضاء، قالوا وهو دليل المدوَّنة.الخ... وصرح المكناسي بأنه المشهور، تأمَّله. وقوله : وقد قالوا إذا ادَّعى شخص على آخر أن أباه أوصى له بمال وعتق عبده فُلان لزمته اليمين بالنسبة للمال دون العتق. فكذلك هاهنا يعمل بالدَّعوى والشهادة بالنسبة لمَّا يؤول للمال، ولا يعمل به بالنسبة لألزام الحقوق بالنسبة للعدَّة ونحوها من تزويج زوجته وتوريثها وإنفاذ وصاياه. فيه نظر من وجوه : أولها : أن العمدة عند المالكية في كل مسألة على المنصوص فيها لا على ما يتخرج فيها من الخلاف، والتسولي نفسه نقله في شرحه محتجا به، فلا وجه للعدول على المنصوص الى ارتكاب القياس، إذ لا قياس مع وجود النص. ثانيها : إن هذا القياس باطل لوجود الفرق بين المسألتين، إذ هذه النازلة التي أراد القياس عليها، وقعت الدَّعوى فيها بالوصية على وارث محقَّق فلذلك وجبت عليه اليمين بإنكار، ونازلتنا لم يثبت كون الدَّعوى على وارث محقَّق إذ لم

يثبت فيها موت موروثه، ولا سبيل إلى قياس غير الوارث على الوارث، تأمَّله.
ثالثها : إن قوله : فكذلك هنا يعمل بالدَّعوى والشهادة بالنسبة لما يؤول للمال، الخ... مراده بالدعوى ما يطلبه المدَّعي من الحق الذي له على الميت بزعمه ومراده بالشهادة تصديق المدَّعى عليه في موته وهو غير ظاهر، إذ تصديقه في الموت فقط، وهو الواقع في كلام ابن الفخَّار : لا يستلزم التصديق في الحق المدَّعى به، وهب أنه صدقه حتى في الدين وأنه انتقل إليه، فقد تقدم في كلام الأئمة أن تصديقه في كون الحق له لا يوجب عليه دفعه له إلا ببيِّنة لاحتمال أن يظهر حيا ويقبض ديْنه منه، فتصديقه كالعدم. وقوله أيضا : فهو مقر على نفسه بالنسبة للمال وعلى غيره بالنسبة لإلزام الحقوق، إلخ... تقدم جواب هذا وأنه لم يقر بلزوم الحق، وإنما أقر بالموت الذي لا يتضمَّن ذلك، وألغي هنا بالكلية لما يترتب عليه من الحقوق، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه المهدي بن محمد بن الخضر الحسني العمراني لطف الله به آمين.

نوازل الدعاوي والحيازات

سئل الشيخ الرهوني رحمه الله عن رسم مضمنه : الحمد لله، بمحضر شهيديه، أقر الشيخ سيدي محمد بن عبد الله الزواق، السيد محمد بن سليمان المساري، أن يرفع زربه الذي هو على الزيتونة المتنازع فيها مع العربي بن علي المساري، التي هي بزرب دار ابن سليمان المذكور على وجه المخزن، وإن لم يرفعه فحكم المخزن يلحقه، والشريعة بينهما بعد رفع الزرب المذكور عن الزيتونة المذكورة.إلخ...

فأجاب : الحمد لله، إذا لم تكن الزيتونة المذكورة قبل النزاع في حوز العربي المذكور، فيجب أن يبقى زرب ابن سليمان المذكور عليها، وتبقى هي تحت حوزه، ويكلف العربي بإثبات ملكيته لها، فإن ثبت ذلك بلا مطعن وعجز ابن سليمان، أمر حينئذ بإزالة ما يضر بها، وإن لم يثبت ذلك فلا حظ له في الزيتونة، فضلا عن التكلم في الزرب والحكم بمحوله لا عبرة به لكونه من غير متولي الأحكام الشرعية والله سبحانه أعلم، قاله وكتبه عبيد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج وفقه الله. (هـ).

وسئل أيضا عن مسائل وقعت فيها المناظرة بين فقهاء سلا. الأولى : إذا قام أحد يدعي حظا في دار أو غيرها من جهة ميت وأثبت الموت والوراثات إلى أن تبين مقدار حقه، وبقيت هناك مناسخات من غير الجهة التي وصل هو منها، هل يكلف بإثباتها وإن لم يتوقف بيان حقه عليها وبه قال أحد المتناظرين محتجا بإطلاق المشاور، ونصه على نقل شارح اللامية بوساطة الطرر : لا يوقف المدعى عليه على الجواب إلا بعد إثبات المدعى موت من يقوم عنه عدة ورثته، وتناسخ الوراثات، الخ... وما كان من مثله من الإطلاق. وقال مناظره إن كلام المشاور وما

يوافقه إذا كان حق القائم يتوقف معرفة مقداره عليه لا على غير ذلك، والكلام يحمل على ما يليق به. واحتج بما في مختصر المتيطية، والوثائق المجموعة، ونظمه صاحب العمل المطلق من رواية ابن كنانة عن مالك إذا أثبت الموت، وعدد الورثة حتى استبان قعدده من الذي يزعم أن الملك له، فإن المطلوب يوقف حينئذ، وبهذا جرى العمل عند الأندلسيين وبه مضت الفتيا بقرطبة. وهو مفاد قول ابن الحاج في جوابيه عن مسئلة لبابة بنت يحيى، المنقولين في الاستحقاق من المعيار ونصه : ووجه الحكم أن تكلف المرأة لبابة أولا : إثبات ملك أبيها إلى أن توفي وورثه ورثته، ويتمضن هذا العقد تناسخ الوراثات، إلى أن خلص لها بذلك من القاعة والحقل المحدودين المقدار الذي قامت تطلبه فيهما. (هـ). باختصار. فهو ظاهر في أنها لا تكلف بإثبات شيء بعد ما يتبين به مقدار حقها ونحوه في فضل الصلح من بعض نسخ ابن سلمون. ونوازل السجستاني، وصرح بذلك سيدي عبد القادر الفاسي في أجوبته. (هـ).

فأجاب : الصواب مع من قال : إنه لا يكلف إلا بموت من يطلب الإرث فيه، وحصر عدد ورثته ولا حجة لمن خالفه في تعبير من عبر بالوراثات، وقد وقع ذلك في عبارة ابن رشد وغيره، لأن مرادهم ما ذكرتموه، وتعليلهم صريح في ذلك، فإنهم عللوا تكليفه بإثبات الموت باحتمال أن يكون من نسب الملك إليه حيا، وعللوا تكليفه بإثبات حصر ورثته لن يكون له على تقدير ثبوت موته في متروكه جزء من اثنين أو جزء من عشرة أو جزء من مائة مثلا، والعلتان منتفيتان فيمن لا إرث له فيه، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج وفقه الله. (هـ).

وسئل أيضا، عن رجل قام يدعي على آخر أن له عنده متاع أمه أثاثاً وعقاراً ونحو ذلك، وأنها ماتت عنده وبحضرته وبقي متاعها عنده. فأجابه الآخر بأنه إن كان لأمك عليَّ شيء فهي التي تطالبني به، وإن ادعيت موتها فأثبته، ويعذر

لي فيه على القانون الشرعي، وأنا ليس عندي وفي حوزي إلا مالي وملكي، ولا شيء عندي لك ولا لأمك. فقال له المدعي : إني لم أجد من يشهد لي بموتها وعدة ورثتها، لكن بيدك رسوم متضمنة إثبات موت أمي، وعدة ورثتها، ولي في تلك الرسوم ما ينبغي في الاحتجاج عليك فيما ادعيته فأحضرها لي لأنتفع بها، فهل سيدي لهذا القائم سبيل إلى الكلام معه قبل إثبات موت أمه أم لا سبيل له إلى ذلك إلا بعده. وإذا قلتم بعدم كلامه معه قبله، فهل يجاب إلى ما طلب من إظهار الرسوم المذكورة، وإحضارها حسبما أفتى به أبو الأصبغ ابن سهل وصاحب المعيار عن ابن أبي زيد. ومال الى ترجيحه أبو علي؟ أو لا يجاب إلى ذلك حسبما أفتى به ابو عبد الله ابن سودة وسيدي عبد القادر الفاسي، وفي كلام اللخمي وعبد الحميد ما يدل لما قالاه، بل ربما دل كلامهما على أن ذلك متفق عليه، أجبنا بما نعتمد عليه. الخ...

فأجاب : الحمد لله، مسألة ابن سهل هي أن رجلا عنده كتب لغائب، فقام رجل عند القاضي، ذكر له في تلك الكتب حقا.إلخ... فالرسوم ثابت وجودها، والنزاع إنما هو في أمر من هي بيده بإخراجها وعدمه، وليس في مسألة السؤال رسوم ثابتة ببينة أو اعتراف، بل بمجرد دعوى هذا المدعي الذي عجز عن اثبات الموت.الخ... ما هو مكلف به فهو يريد تحليفه على ذلك، فلا يجاب لما أراد، ولا يمين عليه في ذلك الا على ما لابن سودة وسيدي عبد القادر الفاسي، ولا على ما لابن سهل ومن وافقه. ولو مكن من اليمين في هذا، لضاع ما قاله المتقدمون والمتأخرون، من أنه لا تسمع دعوى من ادعى حقا لميت إلا بعد إثبات موته.الخ... فضلا عن أن تتوجه عليه لأنه ما من طالب لحق لميت يعجز عن إثبات ما كلف إلا أمكنه الانتقال إلى أن بيّد المدعى عليه رسوما فيها ما يغنيه عن إثبات ما كلف به، فلم تبق فائدة إذ ذاك فيما قاله المتقدمون والمتأخرون والله أعلم. قاله وكتبه عبيد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج وفقه الله. (هـ).

وسئلت عن ذمي ادعى على مسلم أنه حاز من أخيه الهالك إدريس أحد عشر رسما قيد حياته، وهو مدين للذمي المذكور، فأجابه بالإنكار الكلي،

فأشهد عليه القاضي أن الذمي إن استظهر بحجة على ما ادعاه ثم أثبت هو ــ أي المسلم ــ البرا ؛ منها، فإنها لا تنفعه، فأثبت الذمي بشهادة عدلين ان المدعى عليه حاز من أخيه الهالك أحد عشر رسما قيد حياته كما قاله ــ أي الذمي.

فأجبت : الحمد لله، حيث ادعى الذمي المذكور، أن ذمة الهالك عامرة بدَيْنه، وإنه يطلب من المدعى عليه الرسوم التي حازها قيد حياته لكون الهالك مدينا له. فلا تسمع دعواه بذلك، ولا يستحق عنها جوابا حتى يثبت موته، وعدة ورثته وغير ذلك مما هو معلوم. وقال في معين الحكام : وإذا قام الطالب بدين له على رجل متوفى أو غائب، فأول ما يبدأ به الناظر أن يامر الطالب بإثبات موت الموروث وعدة ورثته، وهل هم جائزوا الأمر أو غير جائزيه، وهل لهم إن كانوا غير جائزي الأمر، وصي أو ناظر ويكلفه إثبات غيبة المطلوب، وهل يعلمون موضع استيطانه أم لا، ثم بعد ذلك ينظر الحاكم. (هـ). وأما ما كلف به القاضي المدعى عليه من الاشهاد على نفسه بأنه لا تنفعه البراءة.الخ... فجائز عن طريق الحق، إذ لا يلزمه ذلك، وإنما يكلف أي المطلوب بالإقرار والإنكار لا غير. ففي ابن سلمون : إذا ثبت ذلك ــ أي الموت والإراثة ــ وقف المطلوب حينئذ على الإقرار والإنكار خاصة.الخ... ومثله في عبارة ابن رشد. وقال في التبصرة: إذا صرح بالانكار، فإن القاضي يقول للطالب ؛ أَلَكَ بينة؟الخ... ونحوه قول المختصر : وإن أنكر قال : أَلَكَ بينة؟الخ... وأما ما استظهر به الذمي من البينة الشاهدة بحوز المدعى عليه من أخيه الهالك أحد عشر رسما.الخ... فلا عبرة به، إذ ليس في تلك الشهادة تصريح بأن الرسوم ملك للهالك، فيحتمل أن تكون له أو لغيره أو لا يقضى بمحتمل، والله أعلم. وقيده المهدي لطف الله به (هـ).

وسئلت عما يظهر من الجواب ونصه : الحمد لله، حيث كان التغزوتي هو الحائز للبيت في المدرسة، وهو المتصرف فيه بالعارية وغيرها أزيد من عشر سنين، وقام عليه فيه خمليش وادعى أنه متخلف عن والده، واستظهر على ذلك برسم شرائه فلا تسمع دعواه حتى يثبت موت والده وعدة ورثته ويعذر للتغزوتي

فيها ثم يطالب بملكية البيت المذكور، لقول ابن رشد : الذي مضى به العمل، وأفتى به شيوخنا أن من ادعى عقارا بيد غيره، زعم أنه صار إليه عمن ورثه عنه، أن المطلوب لا يسأل عن شيء حتى يثبت الطالب موت موروثه الذي ادعى انه ورث ذلك عنه ووراثته له، فإذا ثبت ذلك وقف المطلوب حينئذ على الإقرار والإنكار خاصة، ولم يسأل من اين صار له. فإذا أنكر وقال : المال مالي والملك ملكي ودعواك فيه باطلة اكتفى بذلك ولم يلزمه أكثر منه، وكلف الطالب إثبات الملك الذي زعم أنه ورثه عنه وموته ووراثته له، فإن أثبت ذلك على ما يجب سئل المطلوب حينئذ، من أين صار له وكلف الجواب. (هـ). بنقل ابن سلمون وقال في الطرر نقلا عن المشاور : لا يوقف المدعى عليه على الجواب إلا بعد إثبات المدعى موت من يقوم عنه وعدة ورثته وتناسخ الوراثات، فإن لم يثبت ذلك لم يكن له يمين على المطلوب إلى أن قال : فإن قال المدعي أنت عالم بموته وعدة ورثته. قال : وإن أقر بذلك لم يقبل لما فيه من إلزام الحقوق. الخ... قال الشيخ التاودي في أجوبته : وهذا من البديهيات عند الحكام ولا خلاف بينهم فيه، إلى أن قال : كيف يصح أن تسمع دعوى المدعي في النازلة دون إثبات موت المالك الأول وعدة ورثته، وموت من مات منهم وعدة ورثتهم الى هذا القائم حتى يعلم ما ينوبه في الدار المتنازع فيها، هل جزء من عشرة أو جزء من مائة مثلا، فيدعي بمعلوم، فإطلاق الأئمة أنه لا بد فيمن ادعى حقا لميت أو على ميت أن يثبت الموت وعدد الورثة صحيح، وذلك حيث يراد انتزاع منه أو أخذ مَحُوز. (هـ). وقال الشيخ الرهوني في حاشيته : حيث يتوقف سماع الدعوى على إثبات الموت وعدد الورثة، هل يكفي في ذلك ثبوته بمجرد الشهادة عند القاضي وقبول شاهدي الرسم فيكلف المدعى عليه إذ ذاك بالجواب أو حتى يعذر إليه ويؤجل فيعجز، لم أر من تعرض لذلك نصا، وبالثاني كان يفتي شيخنا الجنوي. ويقول : إنه يؤخذ من قول ابن رشد، فإن أثبت ذلك على ما يجب.الخ... وهو ظاهر، لأن الثبوت على ما يجب، إنما يكون بعد الإعذار والعجز. ثم وجدت في الحطاب عن نوازل ابن رشد ما هو نص في ذلك. الخ... وإذا تقرر هذا علم أن دعوى خمليش لا تقبل إلا بعد إثبات ما ذكر، والإعذار فيه. وأما رسم شراء والده الذي استظهر به فغير

معتبر. أما أولا : فإنه غير مطابق لدعواه لانه في المقال قال : البيت المجاور لغيلان في القديم، ويقابل وجه الداخل. الخ... وفي رسم الشراء ان والده اشترى بيتا في الفوقي.الخ... فليس فيه أن البيت يجاور غيلان في القديم، ولا انه يقابل الداخل كما في المقال. بل رسم الشراء صادق بكل بيت في الفوقي، فالاستدلال به على صحة دعواه ضروري البطلان. وأما ثانيا : فعلى تسليم انه مطابق لدعواه، فإن الاستظهار برسوم الأشرية ولو حادثة لا تفيد الملك ولا ينتزع بها من يد حائز يدعي الملكية كبينة السماع، فكيف برسم شراء قديم مر عليها أزيد من أربعين عاما من غير اتصال حوز. قال بعض المتأخرين في جواب له : ولا عبرة بالعقد الذي استظهر به القائم لأن الاستظهار برسوم الأشرية القديمة لا تعارض الحوز ولا تفيد المستظهر بها فائدة معتبرة في نظر الشرع إلا مع إيصال الحوز بها. نص على ذلك في المعيار في جواب له حفيل. وقال البرزلي : إذا أشهدت بينة بالشراء فإنها لا تنفع إلا أن يشهدوا له بطول الملك والحوز والتصرف ولا منازع له أثبت ذلك بشهود الشراء أو غيرهم، ومثله في تكملة ابن جُزي والدر النثير كذلك معزوا للاستاذ أبي سعيد ابن لب. (هـ).

وقال المحقق السجلماسي على قول صاحب العمل الفاسي : (لا توجبه عقود الأشرية). ما نصه : وينبني على أن الاشتراء لا يستلزم الملك والرسوم لا توجبه أمران. أحدهما : أنه لا يشهد أحد لمن رآه اشترى شيئا من السوق، بأنه ملكه. ثانيهما : أن رسوم الأشرية لا تفيد المستظهر بها في باب الاستحقاق، بحيث لو قام شخص يدعي في شيء بيد غيره أنه له، واستظهر على دعواه برسم تضمن اشتراءه لذلك الشيء من غير المقوم عليه، لم ينتفع بذلك ولم يقض له به، ومثل رسوم الأشرية في هذا، رسوم الهبات والصدقات والأصدقة والسياقات.الخ... وفي هذا كفاية لمن أنصف وبالحق اتصف والله اعلم. وكتب المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت أيضا عما يفهم من الجواب، ونصه : الحمد لله، حيث طلب الوكيل في المقال واجب موكلته الذي ورثته في والدها، فلا بد من إثبات موته وعد

ورثته، إذ لا يتصور واجبها في والدها إلا بعد ذلك، لأن والدها يحتمل أن يكون حيا، فلا يجب لها شيء، وأن يكون ميتا فيحتمل أن يكون واجبها الربع كما تدعيه، أو أقل أو أكثر. وقد قال الشيخ الرهوني في حاشيته : السبب الذي لأجله أوجب العلماء اثبات الموت وعدد الورثة هو احتمال أن يكون الأب مثلا حيا، وعلى احتمال أن يكون ميتا يحتمل أن يكون هذا القائم غير وارث فيه وعلى أنه وارث فيه يحتمل أن يكون له في تركته جزء من عشرة أو جزء من مائة. ثم قال بعد كلام : وفي نوازل القضاء والشهادات من المعيار ما نصه : ولا يلزم القضاء والأحكام بلفظ فيه إشكال وإيهام، وهذا مما لا يختلف فيه احد من ذوي الافهام. (هـ). ونصوص العلماء بهذا طافحة. قال الإمام المازري في شرح مسلم : وجه القضاء عندنا أن من ادعى شيئا بيد غيره وزعم أنه صار إليه من أبيه، فإنه يكلف اثبات وفاة أبيه وعدة ورثته.الخ... نقله الأبي في شرح مسلم، ومثله للقاضي عياض ايضا وقال أبو الحسن كما في الدر النثير : أما إذا نسب المدعي ما أثبت لوالده لجده، فعليه أن يثبت تملكه لجده واستمراره بالواجب إلى أن ورثه عنه والده وبالله التوفيق. (هـ). ونحوه للشيخ التاودي في أجوبته فإنه **سئل** عمن ادعى على آخر في ملك بيده أنه ملكه صار إليه من قبل جده أو جد أبيه، هل يكلف في ذلك اثبات الموت وعدة الورثة للجد المدعي أن الملك كان له ولمن بعده وإن طال حتى ينتهي الملك للمدعي أو لا يكلف بذلك؟

فأجاب : لا بد في مثل النازلة من إثبات الموت وعدة الورثة وإن طال الزمان، وكثرت الأموات وتعددت الوراثات، ولا يسمع من المدعي دعوى، ولا ينظر في صحتها أو بطلانها إلا من بعد ذلك.الخ.. فهذه كلها نصوص في عين النازلة المشار إليها، وبذلك يعلم بطلان حكم القاضي الثاني فيها، وإن الصواب هو ما حكم به اولا فيها. وأما الاعتماد على ما قاله الشيخ الرهوني في ذلك التويلف من أن المدعي إن نسب الملك أولا لنفسه فلا يكلف بذلك كما ذكر القاضي في الحكم الثاني. فعلى تسليم أن النازلة موافقة له فلا يصح الاعتماد عليه لأمرين، أحدهما : أن الرهوني إنما اعتمد في ذلك على التوْيْلِف على كلام الأبي وحده ولا تصح متابعته

وإلغاء نصوص من تقدمه ومن تأخر. ولذا قال في أول ذلك التويليف لما وقعت الفتوى بكلام الأبي واستظهر المدعي بتلك الفتوى أنكرها غالب من يتعاطى الفقه من اهل العصر من مدرسيه وقاضيه ومفتيه، واختلفت آراؤهم في ذلك إلى أن قال : ثم رفع قاضي البلد الخصمين بقاض آخر، فحكم بإلزام الخصم بإثبات موت جده وعدد ورثته، وإثبات الملك له. الخ... ثانيهما : على تسليم أن كلام الأبي هو المعتمد كما قاله : أي الرهوني في ذلك التويليف، ووافقه غيره فهو خلاف المعمول به، وقد علم أن ما جرى به العمل أن على كل من طلب حقا بسبب ميت أن يكلف اثبات موته وعدة ورثته، وإن كان موته مشهورا عند الحاكم وغيره. (هـ) ونظمه في العمل المطلق بقوله :

وكل من طلب حقا بسببْ ميت عليه بالشريعة وجبْ
إثبات موته وعد الورثةْ الخ...

فهذه النازلة من افراد قول ابن سهل كل من طلب حقا بسبب ميت.الخ... ومثله قول الفشتالي في وثائقه : الذي مضى به العمل وأفتى به الشيوخ أن من ادعى شيئا بيد غيره أو في ذمته وأنه صار إليه عن موروثه أن المطلوب لا يسأل عن شيء حتى يثبت الطالب موت موروثه وعدة ورثته.إلخ... والله اعلم وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عمن ادعى على غيره أنه تعاقد معه على أن يبيع له عرصة وله خمسون ريالا بالأجرة، وباعها له، وقبض الثمن وامتنع من إعطائه أجرته، فأجابه المدعى عليه بالإنكار الكلي، وأنه لم يبع له عرصة ولا غيرها، ثم استظهر — اي المدعى — ببينة أن المدعي كان واسطة في بيع العرصة ولكنه قال : لا يقبض أجرة على ذلك. الخ...

فأجبت الحمد لله، حيث أنكر المدعى عليه في جواب المقال كون المدعي واسطة في بيع العرصة ثم أدلى ببينة عدلية، وفيها التصريح بأن المدعي كان واسطة في بيعها، فقد وجبت له الأجرة قطعا. إذ كل من أنكر شيئا وقامت عليه

البينة به وجب أن لا يلتفت لإنكاره، ولا سيما هذا حيث أدلى بها، فقد أقام الحجة لخصمه وأراحه من تعبها، فيحكم عليه بمقتضاها لأنه سلمها حيث احتج بها. وعليه فإن سلم العقد بالخمسين ريالا، فلا إشكال، وإلا فيحلف على إنكارها. وتقدر الأجرة بأهل المعرفة، لأن كل من أوصل نفعا لغيره بإذنه أو بغير اذنه فله أجر عمله، كما قاله ابن الحاجب، ونظمه في تكميل المنهج. وقال الحطاب في التزاماته : قد قال ابن القاسم من قال دلني على من ابتاع منه أو يبتاع مني، ولك كذا، فذلك جائز. (هـ). وأما ما تضمنته الشهادة من أنه قال لا يقبض أجرة على ذلك.الخ... فلا يضره. لأنه لم يرض بها في ذلك المحفل حياء ولا سيما بمحضر المشتري. وقد قال في المختصر عطفا على ما لا يلزم فيه الإقرار ما نصه : (أو أقر اعتذارا).الخ.. وهذا منه بلا شك، لأنه لما سئل في ذلك المحفل عنها استحيى أن يكون توسط بينهما بأجرة فأقر بنفيها اعتذارا، فلا يلزمه إقراره، والله أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل الشيخ الرهوني عن رجل ملك أرضا بيضاء وتصرف فيها بالحرث وغيره سنين وهي محدودة من جهاتها الأربع، ثم باعها لآخر بحدودها المذكورة، فتصرف فيها مثل تصرف بائعها له سنين أيضا. فمات وتركها لورثته وتصرفوا فيها مثل ذلك، ثم باعوها لآخر بحدودها المذكورة، فتصرف فيها وغرسها بأشجار العنب وغيره مما هو معتاد في غرس الأجنة، وبقي بالحالة المذكورة أزيد من عشرة أعوام وهو يبيع غلته كلما وجدت حتى الآن ادعى عليه رجل أنه أخذ له طريقا من جهة الجوف كان يمر منها لجنانه وكذا جيرانه إن جاءوا من تلك الناحية أو جاء غيره وأدخلها في جنانه الذي غرسه فأنكر المدعى عليه أن يكون أخذ له طريقا، وقال له إنما غرست ما اشتريت من الحدود ولا خرجت عنها ولا عما تعددت فيه عقود البيع وتداولته الأملاك بالبيع والميراث، فأقام المدعي المذكور بينة تشهد له بما ادعاه من الطريق المذكورة فطعن فيها المدعى عليه محتجا بأن الشهود الذين شهدوا له عالمون بتداول الأملاك في الأرض المذكورة ولا مانع لهم من الشهادة ولا من الإعلام بها ولا تقية من القيام بالحق وقد مر لذلك أزيد من خمس وعشرين

سنة. وذلك موجب لعدم سماع الدعوى وعدم قبول البينة، فقال له المدعي المذكور أن ذلك لا يضرني ولا يوهن حجتي ولا يبطل بينتي، فهل سيدي القول قوله، فتسمع بينته أو القول قول المدعى عليه فلا تسمع الدعوى ولا تقبل البينة؟ أجبنا بما عليه المعوَّل.

فأجاب : إن وقع ما يقطع الطريق والمرور من المدة التي تعتبر شرعا وثبت أن الشاهدين بالطريق كانا عالمين بذلك، وسكتا، فإن كانت الطريق عامة دخلت المسألة في قاعدة : (وفي محض حق الله تجب المبادرة بالإمكان) وفرق في ذلك بين أن يكون للشاهدين عذر في السكوت أو لا، فإن كان لهم عذر قبلت وإلا ردت وهل من العذر الجهل بوجوب الرفع أو لا؟ في ذلك قولان قويان. وإن كانت الطريق لمعين كما هو ظاهر السؤال، فلا تدخل في القاعدة المذكورة والله اعلم، وكتبه عبيد ربه تعالى محمد بن احمد الحاج وفقه الله بمنه. (هـ).

وسئل أيضا عما يفهم من الجواب، ونصه : أن القائم على غيره في أصل بيده ارض أو نحوها لا يخلو أمره من وجوه ثلاثة : إحدها : أن لا يكون له إلا مجرد الدعوى ولا يقيم المدعى عليه بينة بأن ما بيده ملكه. ثانيها : أن يقيم المدعي بينة تامة فيقيم المدعى عليه ببينة تامة بأنه حازها على عينه الحيازة المعتبرة شرعا ويعجز المدعي عن الطعن في ذلك. ثالثها : أن لا يكون للمدعي الا مجرد الدعوى ويثبت المدعى عليه ملكيته لما بيده ببينة لا مطعن فيها. فأما الوجه الأول، فتتوجه فيه اليمين على المدعى عليه بلا إشكال. وأما الوجه الثاني، ففي توجه اليمين فيه على الحائز قولان قويان رجح غير واحد سقوطها وعزوه للمدونة. قال في اختصار المتيطية بعد أن صدر بوجوبها، ما نصه : قال احمد بن عبد الملك : مذهب المدونة أن الحائز لا يحلف لأن الحيازة كالبينة القاطعة. (هـ). وجزم ابن رشد بتوجهها، ونقل كلامه غير واحد وقبلوه. منهم ابن عرفة. وعلى هذا اقتصر غير واحد كابن سلمون وصاحب المقصد المحمود، وعليه حمل أبو الحسن المدونة لأن ما عزاه لها الأولون ليس نصاً فيها، وإنما هو ظاهر فقط، ولفظها : ومن أقامت بيده دار سنين ذوات عدد يحوزها ويمنعهاويكريها ويبني ويهدم، فأقام رجل بينة أن

الدار داره وأنها لأبيه أو جده، وأثبت المواريث، فإن كان هذا المدعي حاضرا يراه يبني ويهدم ويكري، فلا حجة له، وذلك يقطع دعواه. (هـ). فلم يصرح فيها بنفي اليمين لكنه ظاهرها. قال ابن ناجي في شرحها ما نصه : المغربي يريد ويحلف لان العرف يقوم مقام شاهد.

قلت قد اشتهر الخلاف في العرف، هل ينزل منزلة شاهد أو شاهدين، فلا يمين كعارف العفاص والوكاء ونحو ذلك. (انتهى). محل الحاجة منه. وذلك كله يدل على ان وجوبها أرجح، وصرح بذلك أبو علي بن رحال وهو ظاهر. وأما الوجه الثالث، فلا يمين فيه على الحائز لشهادة البنية له بما يدعيه، وقد قال ابن عرفة ما نصه : قول ابن الحاجب : ولا يحلف مع البنية إلا أن يدعي عليه طُرُو ما يبريه من إبراء أو بيع هو قولها في اللقطة وغيرها، ولا يستحلف طالب الحق مع شاهديه. (هـ). ولكون ذلك قاعدة مسلمة اعترض أبو الأصبغ ابن سهل قول محمد بن فرج في فتواه أن الحالف في يمين الاستحقاق يقول : إنه ملكه، قائلا ما نصه : لأن البينة قد شهدت بذلك وقطعت به. (هـ). وسلم له ذلك من بعده من الأئمة وتلقوه بالقبول ولا يتخرج الخلاف في هذا الوجه من الخلاف السابق في اليمين مع الحيازة القاطعة للحجة لأمرين.

أحدهما : أن محل الخلاف في اليمين مع الحيازة إذا أثبت القائم عليه الملك للمدعى فيه بشروطه والا فلا يمين عليه باتفاق القولين. كما في اختصار المتيطية لابن هارون والمعين وغيرهما.

ثانيهما : أن وجه يمين الحائز عند القائل بها ما تقدم في كلام ابن ناجي وأبي الحسن ان العرف كالشاهد الواحد، ووجه سقوطها أنه كشاهدين، وذلك منتف هنا. لأن هنا شاهدين حقيقيين فتسقط اليمين على كل حال. وكذا لا يتخرج الخلاف فيه من الخلاف في يمين الاستحقاق. فسقوط اليمين هنا مأخوذ من سقوطها في استحقاق الأصول على المشهور المعمول به بالأحرى، وعلى الشاذ من وجوبها في الأصول لا يجري ذلك هنا لأن الحلف هناك انما هو ليستخرج بها

ما شهد له بملكيته من يد حائزه الذي يدعيه ملكا لنفسه، وهنا الشيء بيد مقيم البينة بملكيته، وأيضا صفة يمينه في الاستحقاق. أن ذلك الشيء الذي شهد له بملكيته ما خرج عن ملكه ببيع أو نحوه لان البينة انما قطعت بأنه كان بملكه لا بإنه لم يفوته بوجه، إذ هذا الفصل إنما يشهد به الشهود على العلم، ولو جزموا بذلك ما صحت شهادتهم به، كما هو معلوم، فيحتمل أن يكون فوته، ولم تعلم بذلك البينة فيكون بيد حائزه الذي أراد أن ينتزعه منه بتلك الشهادة بوجه صحيح في نفس الأمر، فكلف اليمين لنفي ذلك الاحتمال، وحينئذ ياخده من يد المدعى عليه، وذلك منتف هنا. فإذا علم هذا كله، ظهر الجواب عن نازلة السؤال وتبين أنها من جزئيات الوجه الثالث بلا ريب ولا إشكال. بل هي أحرى لما ذكرتموه من تعدد البينات والحجج، فلا قائل فيها بوجوب اليمين لا بنص ولا بقياس ولا يختلف في سقوطها إثنان من الناس. وأما الجواب عما سألتم عنه ثانيا، فواضح، لأن سقوط الدعوى بالاضطراب وبطلان الحجج بالتضاد، وان المستظهر برسم قائل بمضمنه مشهور ضروري عند أهل الوثائق مذكور في الكتب المتداولة حتى إنه في الفائق والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى محمد بن احمد الحاج وفقه الله.

وسئل أيضا فأجاب : الحمد لله، اغناء توافق الخصمين على الحدود عن الحيازة من الضروري عند المخالطين للقضاة، فكيف بالفقهاء وحمل الوارث على الجهل حتى يثبت العلم كذلك، ولو ثبتت الحيازة بشروطها فاعتذر المحوز عنه بغيبة رسمه، فإن الراجح فيها ما كان يقوله الغبريني. أولا، لا ما قاله ابن ناجي وإن رجحه الحطاب ومن تبعه، وقد وقع في نقل الحطاب نفسه ما يفيد مقابل ما رجحه وما يرد ما تأول عليه كلام مطرف وذلك فيما نقله عن مختصر الواضحة في باب الفلس وما نقله صدر الاستحقاق عن أصبغ والذي تحصل عندنا في ذلك، أن ذلك عذر لانه المنصوص لمطرف وأصبغ، وقبله فضل بن أبي مسلمة والشيخ أبو محمد في نوادره والمتيطي في نهايته وابن سلمون وابن هارون وابن فرحون وابن دبوس وبه أفتى ابن الحاج في نوازله. وجزم به العلامة ابن هلال في الدر النثير وابن

أبي يحيى في شرحه للمدونة والرعيني في تأليفه والقاضي المكناسي في مجالسه، والشيخ ميارة في شرح التحفة مقتصرا على كلام ابن الحاج ورجحه أبو علي بن رحال في الحاشية والشرح، وشيخنا العلامة الجنوي وهو الذي نعتقد صحته والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج وفقه الله. (هـ).

وسئل أيضا عمن أثبت دعواه في ملك فعارضه حائزه ببينة الحيازة المعتبرة شرعا هل عليه يمين أم لا؟

فأجاب الحمد لله، في توجه اليمين على الحائز، قولان، رجح غير واحد سقوطها وعزوه للمدونة، قال في اختصار المتيطية فذكر ما تقدم قريبا حرفا بحرف إلى قوله وهو ظاهر. (هـ).

وسئل العلامة أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عما في نوازل الشريف العلمي عن الإمام السراج، فإنه **سئل** عن أناس لهم املاك عديدة ببلاد شتى وجرت عادتهم مع الناس أنهم يتفضلون عليهم في أملاكهم بالبناء والحرث والغراسة وغير ذلك من أنواع العمارة، ثم إن بعض الساكنين أنكروا الفضل والإحسان وأرادوا أن يمتازوا ببعض الأملاك بسبب العمارة وينسبوها لانفسهم من غير أن تقوم بينة عاملة على ذلك. **فأجاب** بأنها لا تجوز على الوجه المذكور إلا إذا قامت بينة مقبولة بانتقال الأملاك ببيع أو صدقة. وأما مجرد العمارة العارية عن ذلك فلغو، ولا عبرة بها ولا معول عليها.

فأجاب بأنه واضح حيث كانت الأرض المذكورة معروفة للقائم ومنسوبة اليه. وفي المعيار عن ابن رشد أن مجرد الحيازة لا ينقل الملك عن المحوز عنه اتفاقا. (هـ) وأيضا اختلف هل يطالب الحائز ببيان السبب ووجه ملكه، فقال ابن أبي زمنين : لا يطالب. وقال غيره : يطالب. وقيل : إن لم يثبت أصل الملك للمدعي لم يطالب، وإلا طولب كما في حواشي شيخنا بناني محيلا على الحطاب والمسألة في الدر النثير وغيره. فلعل ما عند السراج مبني على شيء من ذلك، والله الموفق. (هـ).

قلت : موضوعه إذا علم الملك للقائم قطعا، وفي هذا فرضه الرهوني حيث قال : تنبيه من العذر كون الإنسان واسع المال، له مال عديد في بلاد شتى، وجرت عادته بالتفضل مع الناس لعلو همته فذكر كلام السراج المتقدم، ثم قال : وكان شيخنا الجنوي يسلم هذا الفقه ويقول : إنه منصوص عليه لمن قبل السراج وهو ظاهر، والله أعلم. (هـ).

وسئلت عن فتوى لبعض المعاصرين نصها : الحمد لله، لا يخفى على من معه أدنى مسْكة بالفقه أن الشهادة بالحوز التصرف عشر سنين من غير علم منازع عاملة يقضى بها شرعا وهي تتضمن الملك لأن العادة شاهدة بأن احدا لا يرى من يتصرف في ملكه هذه المدة وهو حاضر ساكت بلا مانع، وهذه الثلاثة مذكورة في الإشهاد أعلاه. وأما الشهادة بالملك صريحا فهي التي يشترط لها الشروط الخمسة حسبما في المختصر واللامية والتحفة، فعندنا مقامان، والدليل على التعابير بينهما أن الشهادة بالملك صريحا من شروطها الحوز كعشرة أشهر، ومسألة الحيازة القاطعة للنزاع والموجبة لعدم سماع بينة القائم إلا لعذر لا بد من عشرة أعوام فأعلى، وبه تعلم ما وقع لنمفتين أعلاه حيث التبس عليهم موضوع بموضوع، وذكروا النصوص في غير محلها فبين نازلتنا وما تكلموا عليه كما بين الضب والنون..

فأجبت : الحمد لله، نص العلماء على أن شروط الملك الخمسة المذكورة في قول الزقاق :

يدٌ نسبة طول كعشرة أشهر وفعل بلا خصم بها الملك يجتلَى

لا بد منها في الشهادة بالملك الصريح. وفي الشهادة بالحيازة أيضا. إلا أن المدة في الشهادة بالملك عشرة أشهر فأكثر، وفي الحيازة عشرة أعوام فأكثر، وقد نص على هذا غير واحد، منهم ابن رحال في شرح المختصر، ومنهم صاحب المعيار في نوازل الوكالات نقلا عن المازري، ونصه : شروط اثبات الملك خمسة : اليد ــ وتصرف الحائز تصرف المالك ــ والنسبة ــ وعدم المنازع ــ وطول مدة الحيازة. وذلك قدر ما يرى وأقله سنة وقيل عشرة أشهر. قالوا : فإذا توفرت الشروط جاز

لمن علمها أن يشهد لصاحبها بالملكية وهذا كله في حيازة ما جهل اصله. وأما في حيازة ما علم أصله لغير الحائز فهي التي اشترط فيها أئمة الأمة عشر سنين والله أعلم. (هـ). ونظمه في عمليات فاس بقوله :

وحوز ما جهل أصله كفى	عشرة أشهر أو العام وفَى
تصرف المالك والنسبة معْ	يدٍ ولا منازع طولٌ وقـعْ
هذا إذا توفرت فيشهد	عالمها بملك من له اليدُ
اما الذي علم فالمشهور	عشر سنين ولـه تقريـر

والحاصل أن الشهادة بالحيازة يشترط فيها عشرة شروط، الخمسة السابقة وخمسة أخرى، وهي أن يكون المحوز عنه حاضرا عالما بالغا رشيدا لم يمنعه من القيام مانع، وقد نص على هذه الشروط شراح التحفة وغيرهم. قال القلشاني نقلا عن المازري تصح الحيازة بسبعة شروط وهي : الحوز، أي وضع اليد على الشيء المحوز، وأن ينسب إليه وأن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه، وأن تطول المدة وأن لا ينازع المحوز عنه في تلك المدة، وأن يكون حاضرا عالما بالغا رشيدا لم يمنعه من القيام مانع.(هـ). ونقله ميارة شارحا به قول التحفة :

والأجنبي إن يحز أصلا بحق.

فظهر بهذا أن الفتوى أعلاه في غاية القصور وأن نسبة صاحبها المفتين بالحق إلى الجهل والتجاهل من أشنع الأمور، مع كون المسألة مذكورة في العمل الفاسي وشرحه وشراح التحفة وغير ذلك من الكتب المتداولة بين صغار الطلبة، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ)

وأجبت : عن مسألة بما نصه : الحمد لله، حيث اشترط أرباب الحانوت على مكتريها يوم دخوله إليها أن يقلع زينته منها إذا انقضت مدة الكراء ولا يبقيها فيها إلا برضاهم ورضي بذلك وانقضت المدة وطلبوه الآن بإقلاعها من الحانوت، فلهم ذلك قطعا، ويلزمه قلعها طبعا وشرعا، عملا بالشرط المذكور، لأن المسلمين على شروطهم، وكل شرط حلال غير مؤثر في الثمن كهذا، فإنه معمول بِه شرعا

كما في التحفة. ولا يضرهم السكوت هذه المدة الطويلة، لأن الحيازة إنما تفيد فيما جهل اصله فقط، وأما ما علم أصله كهذا، فلا تنفع فيه ولو طالت، ولذا قال في المختصر بعد الحيازة ما نصه : إلا بإسكان ونحوه، أي إلا أن يقر الحائز أو تشهد البينة بإسكان المدعي للحائز ونحوه، ككرائه له وإرفاقه ومساقاته، فإن ذلك لا يفوته على صاحبه، وأشار له في التحفة أيضا بقوله :

إلا إذا أثبت حوزا بالكرا أو ما يضاهيه فلن يعتبرا

والله أعلم. المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن فتوى لبعض المعاصرين بقول ابن رشد الحيازة لا ينتفع الحائز بها إلا أن يجهل اصل مدخله فيها، وأما إذا علم أن أصل دخوله فيها كان على وجه ما، من غصب أو عارية أو إسكان أو إرفاق، فلا ينتفع بطول حيازته له، إلا أن يطول زمن ذلك جدا، ولم يحد في هذه الرواية حدا، إلا أنه قال : قدر ما يخشى أن يكون من يعرف ذلك الحق قد هلك أو نسي لطول زمانه. (هـ). ويقول الرسولي على قول التحفة :

إلا إذا أثبت حوزا بالكراء. البيت.

ما نصه : ظاهره أنه لا تنفعه الحيازة ولو طالت كالخمسين سنة وليس كذلك، بل صرح ابن فرحون وصاحب الوثائق المجموعة بأنها إن طالت كالخمسين سنة ونحوها والقائم حاضر لا يغير ولا يدعي شيئا فإنها تنفعه، وإن لم يثبت ابتياعا ولا صدقة ونحوه لابن رشد، كما في حاشية الشيخ بناني. (هـ).

فأجبت : الحمد لله، أطلق غير واحد من أئمة المذهب، كصاحبي المختصر والتحفة وشروحهما وغيرهم في أن الحائز اذا علم أصل مدخله للشيء المحوز، بكراء أو عارية أو إسكان أو نحو ذلك، أنه لا ينتفع بحيازته، وظاهر كلامهم ولو طالت المدة جدا، خلاف ما نقل في الفتوى اعلاه عمن ذكر. بل وصرح جماعة من الأئمة بذلك. قال الشيخ أبو علي في حاشية التحفة على قول

ميارة في شرحها، يعني أن عدم سماع دعوى القائم مقيد بما اذا لم يثبت انه اكرى للحائز أو اعمره أو نحو ذلك، فإن أثبت القائم شيئا من ذلك، فإن دعواه مسموعة، ويحكم بالدار للقائم المذكور، ولا يعتبر الحوز حينئذ ما نصه : ظاهره ولو طال الحوز غاية وهو كذلك وعبارة ابن فتوح ولو طال الحوز جدا.الخ... وقال الحطاب : صرح ابن لب بأنه إن علم أصله وتحقق مدخله بوجه لا يقتضي نقل الملك من عارية أو إعمار أو غير ذلك، فلا تنفع فيه الحيازة اتفاقا.(هـ).

وقال أبو البقاء سيدي يعيش الشاوي في كواكبه السيارة : لا ينتفع الحائز المدعي الملك بحيازته، إلا مع جهل المدخل في هذا الأصل المحوز، ولم يتحقق هل بعارية مثلا أم لا. أعني هل دخل بوجه لا يقتضي نقل الملك كالعارية والإسكان ونحوهما، أم لا. وفي أجوبة سيدي عبد القادر الفاسي ما نصه : إن هذا الرجل حيث اعترف ان تصرفه في تلك الأرض لم يستند إلى شيء. وإنما وجدها عارية عن وضع يد عليها، فأخذ يتصرف فيها ولم يتثبت ولا بحث عن أربابها، فكان ذلك تعديا منه وإقداما على ما لا يحل له ولا لغيره بتلك الحيازة إذ لا تعتبر شرعا حيث لم تستند لشيء، والله أعلم. (هـ). وقال في التحفة :

« والأجنبي إن يحز أصلا بحق ».

أي بموجب شرعي لا بغصب مثلا.

وقال ابن رشد : معنى قوله في المدونة : ادعاه ملكا لنفسه أن يقول اشتريته منه، أو وهبه لي أو تصدق به علي، أو يقول ورثته عن أبي أو عن فلان ولا أدري بأي وجه تصير ألى الذي ورثته عنه. وأما مجرد دعوى الملك دون ان يدعي شيئا من هذا، فلا ينتفع به مع الحيازة اذا ثبت أصل الملك لغيره، وبالله التوفيق. (هـ).. والحاصل أن نصوص العلماء كثيرة جدا، وتتبعها يطول. وهي دالة على أن الحيازة لا بد لها من مستند شرعي، ولو طالت، وإلا كانت هي والعدم سواء، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي العمراني لطف الله به. (هـ).

وقيدت من كناش العلامة سيدي العربي الزرهوني ما نصه :

وقع الجواب من شيوخ شيوخنا عن مسألة تظهر من الجواب بما نصه من خطهم : الحمد لله، أعلم أن المسألة اختلف العلماء فيها اختلافا كثيرا وقد كنت افتيت بأن تقادم العهد لا يبطل الدَّين لقوله عليه السلام : لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم. واستدل به ابن رشد واللخمي والتونسي، ومضى به العمل بإفريقية، لكن ذلك مقيد بأن لا تقترن قرائن تدل على صدقه مع طول الزمان فيعمل عليهما، كما إذا كان رب الدين بالحالة الموصوفة بمحوله ولم يكن مانع يمنعه من الصدق في دعوى القضاء فيتعين الحكم بما ذكره البرزلي من التقييد والله اعلم. وكتب عمر بن عبد الله الفاسي. (هـ). وبعده، الحمد لله، كنت وافقت على الفتوى في هذه النازلة المختلف فيها بما أفتى به ابن رشد واللخمي والتونسي، وجرى به العمل بأن تقادم العهد بالدين لا يبطله. وهو الذي يدل عليه قوله عليه السلام : (لا يبطل حق امرىء مسلم وان قدم). ولكن لما تبين وكشف الغيب ان رب الدين بالحالة المشهود بها وقوى في نفس الحاكم أرشده الله وأعانه أن تلك الحالة من اعظم قرائن الصدق في دعوى القضاء، وأن ذلك ينهض لمدعي القضاء كان له ان يعتمد في الحكم بذلك تقييد المازري. وقد نقله الحطاب وأقره. والله سبحانه أعلم. وكتب محمد قاسم جسوس. (هـ). وبعد تصحيح سيدي العربي القسمطيني ومولاي عبد القادر السجلماسي قاضي مكناسة الزيتون وغيرهم. (هـ).

وأجاب الشيخ التاودي أيضا بنحو ذلك قائلا : ما لم تقم قرائن تدل على دفع الدين مع طول الزمان، فيعمل عليها في البراءة، والله أعلم. وفي كتابة للمازري:أن الطول في ذلك يرجع فيه للعرف والله سبحانه اعلم. وكتب محمد التاودي تغمده الله برحمته. (هـ).

وسئلت عما يفهم من الجواب، ونصه : الحمد لله، لا يستحق الذمي المشار له حوله على ابن الحاج هذه السنين الطويلة لما علم من تضييقهم بالمسلم

المدين حاضرا بالبلد مليا تجري عليه الأحكام. وللذمي عليه ديون برسوم حالة، ولا يطالبه بها إلا بعد مضي عشرة أعوام أو أزيد من يوم حلولها، وعليه بحيث ادعى المسلم أنه قضاه تلك الديون وبقيت رسومها بيده الى الآن، فيصدق بيمينه لانه ادعى الغالب، فعنده شاهد عرفي بالوفاء، فيحلف معه ويبرأ، ولذا قال التسولي في شرح التحفة إن كون القول لرب الرسم أنه لم يقبض دينه محله ما لم يكن رب الدين معلوما بالحرص على قبض ديونه إذا حلت، كما هو عادة كثير من تجار زمننا اليوم وإلا فالقول لمدعي القضاء. (هـ). والله أعلم. المهدي الله وليه ومولاه.

وسئـل المحقق العلامة الزرهوني عن رجل كان باع من غير سلعة إلى شهرين، ثم أداه ذلك بعد انقضاء الأجل المذكور وابرأه، ثم لما مات رب الدين بعد ثلاث وعشرين سنة من تاريخ المعاملة استظهر ورثته على المدين المذكور برسم التداين لا خصم به، ولا إبراء، فبحث عن صك براءته فوجده قد ضاع وباد شهوده فأقام بينة تشهد له بأنه ملي حاضر مقدور على الاستيفاء منه، وأن رب الدين المذكور كان حاضرا أيضا، ولا عذر له يمنعه من اقتضاء دينه، وانه كان كثير المشاحة مع غرمائه.

فأجاب الحمد لله، حيث كان الحال على ما وصف بالشهادة أعلاه من كون المدين مليا،الخ... ومن كون رب الدين موصوفا بالمشاحة،الخ... فلا مرية أن ذلك قرينة واضحة دالة على تصديق المدعي في دعواه القضاء وبراءة ذمته، ولو أن رسم براءته ضاع كما ذكر. وتعين الحكم بما ذكره البرزلي من تقييد الامام المازري، لأن القرينة تفيد اليقين في مواطن من الشرع، كما قاله الشهاب القرافي. وقال ابن الحاجب تابعا لابن شاس ويعتمد على القرائن المغلبة للظن في التعديل والإعسار وضرر أحد الزوجين. وقال صاحب المقدمات : مدارك العلم أربعة ؛ العقل، والحواس، والنقل المتواتر، والاستدلال. وقد بسط ذلك صاحب التبصرة. وزاد: وقد يلحق الظن الغالب باليقين للضرورة في مواضع، كالشهادة على التفليس، وما اشتبه ذلك. وفي مختصر أبي المودة خليل : (وإن قامت قرينة فعليها) ومثله في مختصر ابن عرفة. وعليه تظافرت عبارات أهل المذهب. وفي قواعد الإمام

المقري : اختلفوا في العادة، هل هي كالشاهد أو كالشاهدين؟ وفي المعيار من جواب لسيدي عبد الله العبدوسي ، ان العادة المستمرة تتنزل منزلة الشاهدين. قال : وانه لحسن من القول. (هـ). وذكر ابن فرحون أن الشهرة في البلد كالبينة القاطعة، والشهادة التامة. (هـ). وقال الشيخ علي الاجهوري في قوله في الوصية : واشتركتا أي إلا أن يقوم دليل على رجوعه عن الأولى بلفظ أو قرينة. (هـ). ومثله في أجوبة آخر قضاة العدل سيدي العربي بردلة، ونصه : عرف الناس اليوم وما يفهم منهم هو الرجوع عن الأولى. (هـ). وأصله لولد الناظم في شرح تحفة والده. ونقل شارح اللامية عن الحافظ الونشريسي أنه يجب على القاضي كالمفتي أن يعتبر القرائن المحتفة بالقضية وينظر إليها. (هـ). المراد بمعناه ومثله لأبي علي في شرحه وحواشيه. قال فيها حين تكلم ميارة على اعتبار القرائن في الأحكام ما نصه : بل قال حجة الإسلام الإمام الغزالي : إن القرينة حاسة سادسة في الانسان.(هـ). قال : وقد صدق رحمه الله تعالى ونفعنا به وبعلومه. (هـ).

قلت : ولاعتماد أهل المذهب للقرائن، واعتبارهم لها في مسائلهم، قيد المازري مسألة الدَّيْن، وإن أطلق أهل المذهب القول فيها ظاهراً وما قيد به ظاهر الوجه، وهو مأخوذ من عباراتهم كما رأيت، وقد نقل تقييده الإمام الحطاب في الفرع الذي ختم به باب الشهادة وأقره، وناهيك بالإمام المازري، ورتبته في العلم والدين، حتى قيل إنه بلغ رتبة الاجتهاد، وما أفتى بغير المشهور قط، فلولا ظهور وجه التقييد ووضوحه ما قيد به ولا أعتمده، ولظهور وجهه واقتضاء النظر له، نقله الحطاب وأقره، واعتمده شيخا شيوخنا شيخ الجماعة في وقته، أبو عبد الله المؤلف البركة، جسوس، وخاتمة المحققين، أبو حفص الفاسي ورجعا إليه لما حكم باعتماده قاضي الجماعة بفاس ومفتيها عصريهما أبو محمد عبد القادر بوخريص الكاملي، ومثل ما لهما في جواب لشيخ شيوخنا أبي عبد الله بن سودة في شبه النازلة، فعلم مما ذكرنا أن كون المدين ورب الدَّيْن بالحالة الموصوفة بالشهادة أعلاه، من أعظم قرائن الصدق في دعوى القضاء التي يعتمد القاضي عليها في الحكم ببراءة ذمة المدين وإن ذلك ينهض لمدعي القضاء، سيما ما علم من حال أغنياء أهل هذا

الزمان من كثرة المشاحة في الاقتضاء لمديونهم، وعدم التأخير به والإمهال بشاهد الحال، وزيادة العيان التي ما بعدها من بيان، فقلَّ أن تجد فردا واحدا يعامل الناس ويصبر عليهم ويمهلهم أقل من هٰذه المدة، فضلا عن هذه المدة المديدة، إن هذا لمحال أو كالمحال، كما هو ظاهر لا يحتاج إلى أن يبرهن عليه، والله ولي التوفيق. وكتب راذا العلم إلى مولاه محمد العربي بن الهاشمي الزرهوني تغمده الله برحمته. (هـ). وبعده تصحيحات لأصحاب الفتيا بالثغر الصويري حفظه الله. والله تعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب.

نوازل الدماء والردة

سئل العلامة سيدي عبد الرحمن الحائك، عما يذكره الخطباء في الأعياد من حديث : من أعان على قتل مسلم ولو بسطر كلمة، جاء يوم القيامة مكتوب بين عينيه، آيس من رحمة الله.

فأجاب انه ضعيف جدا عند ابن حجر والمنذري وبالغ ابن الجوزي فحكم بوضعه، وتبع أبا حاتم فيه، وقال الإمام أحمد : ليس هذا الحديث بصحيح، وعلى أنه موضوع، فتحرم روايته، إلا ببيانه، والعمل به مطلقا، كما لأبي زيد الفاسي عن غيره. (هـ).

قلت : وذكر الخرشي في شرح المختصر وابن مرزوق ما نصه : وجه جعل هذا الباب أي باب الدماء بإثر الأقضية والشهادات الإشارة إلى أن الذي ينبغي أن ينظر فيه القاضي، هذا النوع من الخصومات، لأنه آكد الضروريات التي وجبت مراعاتها في كل ملة، بعد حفظ الدين، وهي حفظ النفوس وجاء في الحديث الصحيح، أول ما يقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء، وهذا يدل على اعتبار أمرها والتهمم بشأنها، فكذا ينبغي أن يكون الحال في الدنيا. (هـ). ثم نقل ابن مرزوق عن التوضيح ما نصه : وحفظ النفوس أحد الخمس المجمع عليها في كل ملة، وهي النفوس، والأديان، والعقول، والأعراض، والأموال، ومنهم من يذكر الأنساب عوض الأموال. (هـ). وقال تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى﴾. قال أئمة التفسير، الخطاب لأئمة المؤمنين أوجب الله تعالى على الامام وعلى من يجري مجراه، ويقوم مقامه، إقامة القِصاص والتقدير : يا أيها الأئمة، فرض عليكم استيفاء القصاص، إن أراد ولي الدم استيفاءه، ويحتمل أن يكون الخطاب متوجها على القاتل، والمعنى : يا أيها القاتلون عمدا، كتب عليكم

تسليم انفسكم عند مطالبة الولي بالقصاص. (هـ). وفي الحديث : إقامة حد من حدود الله خير من مطر أربعين ليلة في بلاد الله. رواه ابن ماجة. وأخرج الطبراني : يوم من إمام عادل أفضل من عبادة ستين سنة، وحد يقام في الأرض بحقه، أزكى فيها من مطر أربعين عاما. وأخرج ابن ماجة : أقيموا حدود الله في القريب والبعيد، ولا تأخذكم في الله لومة لائم. والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، وحسبنا الله ونعم الوكيل.

وسئل الشيخ الرهوني رحمه الله عن رسم مضمنه : وقف شهوده الموضوعة أسماؤهم عقب تاريخه على عين فلان وهو مقتول، لا روح فيه بأرض كذا، تراب كذا، وبجسده ضربة بأعلى، بزلته اليسرى تنفجر بالدم، حضر لذلك أخوه فلان، وأشهد أن المأخوذ بدم أخيه المقتول، والمتسبب في قتله على وجه التعدي والظلم، هو فلان وفلان وفلان الخ... فمن عاين المقتول المذكور، والضربة المذكورة، بالارض المذكورة وسمع من أخي المقتول المذكور ما ذكر. قيد به شهادته لسائلها منه في أول شعبان الأبرك عام خمسة ومائتين وألف.

فأجاب الحمد لله، قول الأخ فلان وفلان وفلان : الخ... قتلوا أخي ليس بلوث يوجب القسامة، وإنما هو مجرد دعوى ولم يقترن بها شهادة ولو من يسير اللفيف، فإن كان الأمر كما ذكر، فالحكم ما أشار إليه في المقصد المحمود ونصه : فإن ادعى رجل على آخر أنه قتل وليا له ولا بينة له ولا لطخ ولا شبهة، فإن كان المدعى عليه ممن تلحقه الظنة والتهمة، سجن ثلاثين يوما، فإن ظهر عليه ما يوجب الزيادة في سجنه زيد فيه، وإن لم يظهر عليه شيء، استحلف خمسين يمينا أنه ما قتله، وخلى سبيله، وإن كان ممن لا تلحقه ظنة، سجن ثلاثة أيام، فإن ظهر عليه ما يوجب التمادي في سجنه، تمودي في سجنه، وإن لم يظهر عليه شيء أطلق ولم يستحلف. (هـ). وعليه تجري نازلة المدعى عليهم أعلاه، والله سبحانه أعلم. قاله وكتبه عبيد ربه تعالى، محمد بن أحمد الحاج وفقه الله. (هـ).

وسئل أيضا عن رجل قتل آخر، فذهب أولياء المقتول إلى ديار آل القاتل بعد أن قبض القاتل في السجن، فهل عليهم غرم أم لا؟

فأجاب الحمد لله، ما فعله أولياء المقتول من تخريب الديار وتخريب الأشجار، يجب عليهم غرمه، ويؤدبون على ذلك بما يراه الحاكم، زجرا لأمثالهم، والقصاص واجب إن ثبت القتل بموجبه، والإثم حاصل، والله أعلم، قاله وكتبه محمد بن أحمد الحاج وفقه الله. (هـ).

وسئلت عن صبية تتعلم الخياطة بفاس عند امرأة، فادعت أي الصبية أن ولد المرأة اقتضها وأنها مريضة من ذلك، فحضر والدها وأشهد عدلين أنه إن قضى الله بوفاتها قبل برئها، فالولد المذكور هو المؤاخذ بدمها.

فأجبت الحمد لله، قول الوالد : إن قدر الله تعالى موت بنته الصبية المذكورة قبل تبين برئهما فالولد المذكور هو المؤاخذ بدمها الخ... غير معتبر إذ من شرط التدمية أن يكون القائل لذلك هو الجريح، بشرط أن يكون بالغا. أما قول غير الجريح أو قول الصبي ولو مجروحا فلا يفيد شيئا كما أشار للأمرين في التحفة بقوله :

أو بمقالة الجريح المسلم البالغ الحر فلان بدمي

قال شراحها ـ أي التحفة ـ احترز بالمسلم من الكافر، وبالبالغ، من الصبي، وبالحر، من العبد. فإن هؤلاء لا يقبل مجرد قولهم ولو مع الجرح. (هـ). ويفيد الأمرين أيضا قول المختصر : كأن يقول : بالغ، حر، مسلم، قتلني فلا الخ... انظر الزرقاني، فظهر بهذا أن تدمية الوالد باطلة شرعا. قاله وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت أيضا عما يظهر من الجواب ونصه : الحمد لله وحده، لا خفاء في بطلان رسم التدمية المشار إليه أعلاه، لأمرين، أحدهما : أنه تقيد على وكيل المدمي المذكور في رسم غير هذا، أن الذي أطعمه السم هي زوجه زهراء وحدها، وفي التدمية أعلاه، تقيد على المدمي نفسه أن الذي أطعمه السم هي

زوجه زهراء وشقيقتها فاطمة، فقد اضطرب قوله مع قول وكيله. والمنقول فيها عن ابن القاسم وأشهب أنها تبطل الأولى والثانية معا. قال ابن رشد في البيان : مذهب ابن القاسم وأشهب أنه إن دمّي على رجل ثم أبرأه، ودمّي على غيره ولم يبره، أو دمّي على جماعة ثم أبرأ بعضهم، أو دمّي على رجل ثم دمّي على غيره معه، أو قال لا ادري من بي لأني كنت سكرانا، ثم دمّي على رجل إن القسامة تبطل في ذلك كله. انتهى بنقل السجلماسي في شرح عملياته.

وقال الشيخ الرهوني في حاشيته ما نصه : هذا هو الراجح والمعمول به. ففي المفيد ما نصه : ومن أحكام ابن مغيث : وإذا اضطرب قول الجريح، فرمى رجلا ثم رمى آخر، فعند ابن القاسم وأشهب وأصبغ؛ لا يقبل منه في الأول ولا في الأخير. وبهذا جرى العمل عند الشيوخ. (هـ). فقوله ثم رمى آخر أي بعد إبراء الأول أو. لا، فهو صادق بالصورتين. وقال الشيخ التاودي في شرح التحفة ما نصه : يشهد عدلان على قوله فلان بدمي، أو قتلني، ويستمر على ذلك، فإن سمى غيره، بطلت وبرءا معا. (هـ). ونحوه في موضعين من مجالس المكناسي، وفي أجوبة الشيخ التاودي نقلا عن الوثائق المجموعة، وعن الفاكهاني. ثانيهما، ما ثبت في رسم آخر أن المدمي كان وقت التدمية مصروعا بالجنون، والمقرر أنه لا بد أن يكون عاقلا، لقول التحفة : (وصفة التمييز من أوصافه). وقال الزرقاني على قول المختصر : كان يقول : بالغ الخ... ما نصه : وشرط البالغ، العقل، كما يشعر به، يقول : إذ المجنون لا يتأتى منه قول معتبر شرعا. (هـ). والله اعلم، وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

ووقعت أيضا نازلة مثلها وهي أن رجلا جرح وأشهد عدلين بعد العشاء، أن الذي جرحه هو فلان وفلان، ثم في النهار أسقط واحدا منهما، وجعل في موضعه رجلا آخر، وذكر أنه كان في وقت التدمية الأولى مغلوبا على عقله ثم مات، فأفتيت فيها بنحو ما تقدم والله أعلم. (هـ).

وسئل العلامة أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك رحمه الله عن رجل اتهمته زوجته بقتل ولدها منه، بسم وشهدت بينة أنه ليس ممن يتهم بذلك، ولا ممن يقرب منه.

فأجاب إنه حيث لم يوجد اللوث الذي يقسم معه، فلا يحبس الا الامر القريب، اليوم واليومين والثلاثة، كما لأبي الحسن في نقل ابي علي ونحوه في الدر النثير، في مجهول الحال، إذا كان غير متهم، وإن كان معروفا بالصلاح لم يحبس، ولو يوما واحدا، كما لمن ذكر فحيث حبس الشهر ونحوه، ولم توجد عليه بينة ولا غيرها، سرح، لأن ذلك حبس من تليق به التهمة. ولم تشتد، كما في نقل من ذكر عن ابن رشد وغيره والله الموفق. (هـ). ثم بعد أن كتب هذا خاطبه قاضي بلده بما نصه محبنا العلامة البركة سيدي عبد الرحمن أنعم الله مساءك، الزوج والزوجة سدا بابهما، وقاما وولدهما بينهما صحيح. وفي الليل صاح صيحة واحدة، فوجدا في عينيه، وأذنيه، وفمه، كالجير، ومات من حينه، فهل هذا محل القسامة أم لا؟

فأجاب : الذي ظهر بعد المخابرة، أن المسألة ليست من محل القسامة لعدم اللوث الذي هو أمارة يغلب على الظن صدق المدعي للقتل به، كما لابن شاس وغيره، حتى ابن عرفة في حدوده عن سماع القرينين أنه الأمر الذي ليس بالقوي، بخلاف البينة والإقرار، فإنهما قويان. (هـ). ولا قرينة هنا، وشبه الجير لا يدل عليها، والصيحة تشبه أن تكون من انقلاب أحدهما عليه، وقد سئل ابن عبد السلام عمن نام مع زوجته في فراش واحد، فأصبح الولد بينهما ميتا لا يدرى أيهما رقد عليه.

فأجاب لم أر فيها نصا. وعندي أنه هدر، قيل لابن عرفة : فما رأيكم فيها. قال كرأي ابن عبد السلام، وتؤخذ من قوله في ديات المدونة ولا يدرى من قتله. انتهى. على نقل المعيار. ومثله في الحطاب. وفي المعيار **سئل** ابن أبي جعفر عن رجل وامرأة باتا جميعا، وإلى جانب أحدهما صغير وراء ظهره، فمات الطفل من الثياب الواقعة على وجهه أو غير ذلك.

فآجاب : إن تبين أنه لم يقتله ولا مات من تقليبه، فلا شيء عليه، وإن شك في ذلك، صام كل من شك منهما شهرين متتابعين، قال : وإن مات من تقليبه، ففي غير ما كتاب، إذا انقلبت المرأة على ولدها في نومها فقتلته، فديته على عاقلتها. (هـ). وفي الحطاب عن ابن فرحون في تبصرته أنها إذا انقلبت على

ولدها فلا شيء عليها وعليها الكفارة، قال : ومسألة النائمة تنقلب على ولدها فيموت، ذكرها في المدونة في كتاب الديات، في باب ما أصاب النائم والنائمة وزاد، وديته على عاقلتها. وعتق. (هـ).

وبالجملة فحيث تنصل كل قتله فهو هدر، وما قالته الأم وتحامت به، فهو غير معتبر، والله أعلم بما كان، وعنده تجتمع الخصوم، والله الموفق. (هـ).

وسئل الشيخ التاودي ابن سودة عن جدة دهنت حفيدة لها بقطران دهنا زائدا على عادة بعض البوادي، ثم إن الحفيدة ماتت، فهل هذا خطأ لا دية عليها فيه ؟ أم عليها الدية ؟ وعن امرة نامت على ولدها فمات، فماذا يلزمها، وعن امرأة أخذت صبيا لها من يده، فانفصلت ذراعه وتعذرت اليد، فما الحكم في هذه المسائل الثلاث الخ...

فأجاب : أما مسألة طلاء الجدة الصبية بالقطران، فإن كان ذلك على جهة التداوي وكانت عادتهم أن يفعلوا ذلك بالمولود ليشتد، فلا شيء عليها، حيث لم تخرج على العادة في الطلاء إلى القدر الذي يضر بالصبية، وإن لم تكم عادتهم ذلك، أو تجاوزت العادة كما في السؤال، فالدية على عاقلة الجدة، لأنها كالأم على المشهور، في أن ذلك من الخطأ، هذا كله إذا ثبت الفعل، وإلا حلفت يمينا واحدة، وكذلك مسألة النوم على الصبي، هي من الخطأ أيضا. قال في المدونة : وإذا نامت امرأة على ولدها فقتلته، فديته على عاقلتها، وتعتق رقبة. (هـ). وهذا إذا ثبت أيضا وإلا فالعاقلة لا تحمل الاعتراف على المهشور، فيكون على الأم إذا أقرت الدية أو نصيبها. وأما خلع الذراع وإبطال اليد، فإن أقرت الأم بذلك، لزمها نصف الدية، وإلا حلفت يمينا واحدة، وبرئت لأنها من دعوى الجرح، والله أعلم. وكتب محمد التاودي تغمده الله برحمته. (هـ).

وسئل الحائك أيضا عمن اتهم بنفس، فسجن لها، وسامحه أولياء الدم، وأقام بينة أنه من أهل الخير والدين.

فأجاب بما في ابن سلمون وغيره، وأصله لابن رشد في أجوبته، وبيانه، أن المدعى عليه حيث لا لطخ ولا ثبوت، وكان من أهل الخير والدين لم يحبس ولو يوما واحدا، وإن كان مجهول الحال، حبس اليومين والثلاثة. وإن كان متهما حبس الشهر ونحوه، فإن ظهرت عليه الدعوى، زيد في حبسه. (هـ) الخ... فحيث إنه من أهل الخير والدين، وسامحه أولياء الدم وسجن قبلها، لم يبق إلا تسريحه من السجن شرعا وطبعا. (هـ).

وسئـل أيضا عمن وجد مع امرأته رجلا فقتله.

فأجاب : لا يجوز له أن يقتله إلا ببينة، فإن فعل اعتمادا على رؤيته، فتلزمه النفس في ظاهر الشرع، وأما في نفس الأمر بينه وبين الله، فلا يلزمه شيء، الا الافتيات على الشرع. قاله سيدي عبد القادر الفاسي في حاشيته على البخاري، وفي حاشية شيخنا بناني عن تبصرة ابن فرحون في الفصل السابع من القسم الثالث ما نصه : وفي مختصر الواضحة قال ابن حبيب وسمعت ابن الما جشون يقول : **وسئـل** عن رجل وجد رجلا عند زوجته. قال : فإن قتله كان عليه القود إلا أن يكون معه شهود على دخول الفرج في الفرج، فلا يكون عليه قود، وإنما عليه الأدب لافتياته. قال الباجي : وهذا عند ابن القاسم جار في البكر والثيب إذا جاء بأربعة شهداء، فإنه لا يقتص منه بقتل الثيب ولا البكر، وذلك لان من وجد مثل هذا يخرج عن عقله ولا يكاد يملك نفسه، والظالم أحق أن يحمل عليه، وإن قلنا لا يقتل بالبكر، فقال ابن القاسم في المدونة : عليه الدية في البكر. وقال ابن عبد الحكم : لا شيء عليه، وإن كان بكرا إذا كان قد أكثر الشكوى منه. وقال غير ابن القاسم : ديته عذر في الثيب والبكر. (هـ).

وسئلـت عن تدمية محصلها، توجه عن إذن من يحب الطبيبان، فلان وفلان، إلى أن وقفا على عين أحمد بن مبارك ببيت من داره بقصبة النوار، مضطجعا على فراشه، يئن ويتوجع، فنظراه نظرا تاما، ولمساه لمسا شافيا، فظهر لهما بدليل نظرهما، وبرهان معرفتهما أن بقلبه رعدة خفيفة وسألاه عن سببها، فذكر أنه تشاجر مع رحمون الفلالي، وترافعا لجماعة قصبة النوار، وقبل الوصول إليهم تعرض له رحمون المذكور في الطريق، فضربه بركبته على رأسه فوق حاجبه، وعلى قلبه، على

وجه العمد والعدوان، فإن قدر الله بموته قبل برئه من هذا المرض، فرحمون المذكور هو المؤاخذ بـــدمـــه.

فأجبت : الحمد لله، التدمية أعلاه، من ناحية التدمية البيضاء، وهي مختلف فيها كما في ابن سلمون ونصه الثالث، أن يقول دمي عند فلان وليس به جرح ظاهر، فروى أبو زيد عن ابن القاسم، وعيسى عنه فيمن ادعى ركضا في جوفه ودمي على رجل أنه يسجن لهذه التدمية في حياة المدمى، وبعد موته يقسم عليه. وقال ابن كنانة لا يسجن في حياته وهو قول بين القولين، والتدمية بغير جرح ضعيفة. (هـ). لكن الذي به العمل كما في المتيطي والبرزلي وغيرهما، هو قول ابن كنانة، واختاره اللخمي وابن رشد ودرج عليه في المختصر، فقال إن كان به جرح. قال الزرقاني في شرحه أو أثر ضرب أو سم، لتنزل ذلك منزلة الجرح، ويسمى التدمية الحمراء لا التدمية البيضاء. (هـ). وكتب المحشي بناني على قوله : لا التدمية البيضاء ما نصه : يعني أن التدمية البيضاء لا عبرة بها، وهي التي ليس معها جرح ولا ضرب. ابن عرفة. في هذه المسألة اضطراب. وقال المتيطي الذي عليه العمل وبه الحكم، قول ابن القاسم إنه إذا لم يكن بالمدمِي أثر جرح أو ضرب إنه لا يقبل قوله على فلان إلا ببينة على ذلك. (هـ). وأما قول الطبيبين : ظهر لهما أن بقلبه رعدة خفيفة الخ... فغير مفيد لأن قولهما : ظهر لهما. الخ... غير كاف، بل لا بد من معاينة أثر الضرب أو الجرح، وكذا قولهما : خفيفة لا يكفي أيضا، بل لا بد أن يقولا ضربا مخوفا، وإلا فلا تصح. قال التسولي في شرح التحفة : فإن أسقط منها معاينة الجرح المذكور وما معه، أو لم يقل مخوف مما لا يفعله المرء بنفسه، فإنها تدمية بيضاء، لأن الجرح الخفيف لا يعتبر. (هـ). وقال ابن سلمون أيضا : عقد أشهد فلان على نفسه شهيديه وبرأسه أو بموضع كذا من جسده، جرح كبير مخوف مما لا يفعله المرء بنفسه، وذكر أن فلانا أصابه به بسكين أو حجر أو غير ذلك على وجه العمد، والقصد، وإنه يجد منه ألم الموت، إلى أن قال : في صحة من عقله وميزه جائز الفعل، وعرفه وعاين الجرح المذكور في

تاريخ كذا. (هـ) الخ... باختصار. والله أعلم. قاله وكتبه المهدي العمراني لطف الله به. (هـ).

وسئلت أيضا عن تدمية أخرى محصلها عاين شهيداه امرأة من هذه الحضرة الإدريسية داخل بيت بدارها، سمت نفسها عائشة بنت المحجوب الفلالي، مضطجعة على فراشها، وقد كساها اكتئاب واصفرار، فسألاها عن سبب ذلك، فذكرت أنها كانت قبل تاريخه بنحو سبعة اشهر بدار زوجها الحاج حمان بن الحسن السوسي وعنده بداره المذكورة امرأة اسمها فاطمة بنت الدراوي، جاءت بعظام الموتى ودقتها وهي تنظر في ذلك، فلما مضت أيام بعد ذلك نحو خمسة عشر يوما، أتت إليها فاطمة المذكورة بلبن، وقالت لها اشربي يا عائشة، فشربت فوجدت بفمها مرارة، فردت لها اللبن، فألحت عليها في الشرب، وقالت لها : إن اللبن لا يرد، فشربته ثانيا، فمن ذلك اليوم وذاتها تضعف ولحمها يتقشر، فإن قدر الله بهلاكها، فزوجها وفاطمة المذكوران هما المؤاخذان بدمها الخ...

فأجبت : الحمد لله، تدمية المرأة على زوجها المذكور باطلة، لأنها لم تدع عليه أنه جرحها ولا ضربها ولا سقاها سما ولا غير ذلك فدعواها عليه بالدم مجرد كذب منها، وكذلك دعواها على المرأة فاطمة، لأنها لم تحقق عليها شيئا، وإنما قالت : من وقت إعطائها اللبن، وشربته ولحمها يتقشر وذاتها تضعف، فلم تصرح بأن ذلك المرض من شرب اللبن، وعلى تسليم أنها صرحت بذلك، فلا يفيد، لأنه من ناحية التدمية البيضاء، إذ ليس بها أثر جرح ولا غيره، ولا يكفي قول الشهود : وقد كساها اكتئاب واصفرار الخ... لاحتمال أن ذلك من طول المرض، فلا عبرة به. وقد قال المحشي بناني : التدمية البيضاء لا عبرة بها، وهي التي ليس معها أثر جرح، ولا ضرب. ابن عرفة : في هذه المسألة اضطراب. وقال المتيطي : الذي عليه العمل وبه الحكم قول ابن القاسم إنه إذا لم يكن بالمدمي أثر جرح أو ضرب أنه لا يقبل قوله على فلان إلا بالبينة على ذلك. (هـ). ومثله في شرح

الشيخ التاودي على التحفة، والشيخ الرهوني في حاشيته، ونظمه في العمل المطلق، والله أعلم. المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل أبو زيد الحائك عن رجل وجد ميتا في دار بين رجل وامرأة وليس فيه أثر ضرب ولا غير ذلك من أسباب الموت، ولم تقع منه تدمية، لا على الرجل والمرأة، ولا على غيرهما، ثم ادعى أولياؤه على الرجل والمرأة، أنهما قتلاه فألقيا في السجن، والحال أنهما من أهل التهمة، ثم بعد ذلك أدعوا على أناس آخرين أنهم قتلوا وليهم، والحالة أن المدعى عليهم، منهم صالحو الحال لا يليق بهم ذلك، ومنهم مجهول الحال، ولم يقم للأولياء المذكورين ما يصدق دعواهم من لوث أو لطخ أو تدمية أو غير ذلك، فبعد هذا كله قبض من له النظر في الأحكام المخزنية والأمور السلطانية المدعى عليهم المذكورين وألقاهم في السجن، ثم طلب المدعى عليهم حكم الشريعة في ذلك من السادات الأعلام.

فأجاب:إن الذي حصله ابن رشد في الأجوبة والبيان، في المتهم بالنفس أنه لا يخلو حاله من ثلاثة أوجه. إما أن يكون صالحا معلوما بالخير ممن لا تليق به تهمة بذلك، فلا يسجن أصلا ولو يوما واحدا، وإما أن يكون ممن لا تليق به التهمة ويشبه أن يفعل ذلك، فإنه يسجن الشهر ونحوه، رجاء أن توجد البينة، فإن ظهر ما يوجب الزيادة، بأن تقوى عليه التهمة بما ادعي به عليه مما لم يتحقق موجب القسامة، زيد في سجنه، وحبس الحبس الطويل، فإن طال ولم يظهر عليه شيء، حلف خمسين يمينا، وخلي سبيله وإن كان مجهول الحال، لا يعرف بخير ولا شر، حبس اليومين والثلاثة. (هـ). ونقله الحطاب وغيره ونحوه في وثائق الجزيري وغيرها، وعليه تخرج نازلة السؤال شبرا بشبر وذراعا بذراع لوفور علم قائلته ونقلته، ونص ما في الوثائق المذكورة، وإن ادعى رجل على آخر انه قتل له وليه، ولا بينة له ولا لطخ ولا شبهة، فإن كان المدعى عليه ممن تلحقه التهمة والظنة سجن ثلاثين يوما، فإن ظهر عليه موجب الزيادة في سجنه، زيد فيه، وإن لم يظهر عليه شيء استحلف خمسين يمينا أنه ما قتله وخلي سبيله، وإن كان ممن لا تلحقه ظنة،

سجن ثلاثة أيام، فإن ظهر عليه ما يوجب التمادي في سجنه، تمودي في سجنه، وإن لم يظهر عليه شيء أطلق ولم يستحلف. (هـ).

وسئل أيضا عن امرأة ادعت على رجل أنه أصابها في خلوة كرها وأزال بكارتها، ونشأ عن عمله حمل، وسقاها دواء لتسقطه، فاشتد مرضها من أجل ذلك.

فأجاب : التدمية المذكورة من وادي قول ابن سلمون في التدمية المختلف فيها ما نصه : والثالث أن يقول : دمي عند فلان، وليس به جرح ظاهر، فروى أبو زيد عن ابن القاسم، وعيسى عنه فيمن ادعى ركضا في جوفه ودمّي على رجل انه يسجن لهذه التدمية في حياة المدمى، وبعد موته يقسم عليه. وقال ابن كنانة لا يسجن في حياته ولا بعد موته. وذكر ابن العطار في وثائقه أنه يسجن بعد الموت، ولا يسجن في الحياة، وهو قول بين القولين، والتدمية بغير جرح ضعيفة. (هـ). وقال غيره : اختلف إذا قال المدمي سقاني فلان سما، ومنه أموت، فقيل يقسمون ويتسفيدون، وهو الأصح. وأباه ابن كنانة إلا في الجراح الظاهرة والأثر البين. (هـ.). والذي تحصل عند ابن مرزوق من النقل أن مالكا وابن القاسم وأصبغ وظاهر المدونة على أن القسامة تكون مع عدم الأثر، وأن القائل باشتراط الأثر هو ابن كنانة، واختاره اللخمي، وابن رشد، ومر عليه خليل، وأن الأول أقوى منه، وعليه أبو علي في شرحه أنه قوي غاية، بل هو المذهب، لكن الذي عليه العمل كما للمتيطي والبرزلي وغيرهما ما لابن كنانة وعليه الأدب الوجيع، والسجن الطويل، على قول ابن كنانة في المعيار عن البطويء. (هـ).

وسئل أيضا عن رجل اتخذ طعاما في داره فشمته حامل، فألقت جنينها، فبعد مدة بحث عن ذلك متولي الأحكام المخزنية وأراد تذعير ذلك الرجل، والحالة أن المرأة لم تسأله شيئا، فمنعها.

فأجاب بأن لا شيء على هذا الرجل حيث لم تطلبه ولا منعها، وإنما يكون ذلك في عكسه، كما نقله في المتن عن الشيخ ناصر الدين اللقاني، ونصه : ان الحامل إذا شمت رائحة طعام الجيران، فطلبت قدرا يسيرا لتأكله فمنعوها ذلك، فأسقطت بسببه، إنهم يضمنون الغرة في ماهم وفي ثلث الدية، فأكثر على العاقلة. (هـ). وللإنسان ان يصنع ما شاء في داره من الأطعمة، ولا يلزمه أن يطعم الجيران إلا أن يعلمهم، والمتولي المذكور لا كلام له في ذلك، وإنما الكلام للشرع وهو قد نفى عنه الضمان، فمريده دونه لا ينبغي له، ولو فتح هذا الباب على الناس لكان لهم فيه ضرر وحرج، وهو منفي عن هذه الأمة. (هـ).

وسئل أيضا عن صبي قبل البلوغ كان يلعب مع صبيان، فمات أحدهم بضربة لا تدرى ممن هي، وادعى على أحدهم بعد مداخلة الكبار، أنها منه، وأقر الصبي المدعى عليه في أيدي الوزغة وفي السجن.

فأجاب غيره مصححا لفتوى آخر المذكور اعلاه من عدم نفوذ اقرار الصبي، لا بمال ولا بجرح ولا بقتل صحيح، دليله ما في المتن، يؤاخذ المكلف بإقراره بلا حجر الخ... وهو كان وما ذكره من أنه إذا ثبت أنه أفسد شيئا فإن كان نفسا فديته على عاقلته صحيح، دليله ما في المتن أيضا وغيره. وعقل عن صبي ومجنون الخ... وما ذكره من إلغاء شهادة الصبيان بعضهم على بعض، إذا دخل بينهم كثير صحيح، وهو في المتن أيضا وغيره، وهو إن لم يدخل كبير.الخ... وعليه، فما وقع من الصبي لا يعمل به.

وأجاب هو، أي الحائك رحمه الله : المذكور أعلاه صحيح في مذكوراته كلها، وقد نص ابن شاس وغيره على أن إقرار الصبي مسلوب قطعا مطلقا. وفي نوازل العلمي في لاعبي الكرة تفقأ عين أحدهم.

فأجاب إن قامت بينة من غير اللاعبين أن ذلك كان من ضرب اللاعبين، عمل عليها. وكانت الدية على عاقلته، لأن ذلك خطأ، ولا تقبل شهادة اللاعبين في ذلك، لأنهم يلقون عن أنفسهم، وإن لم تكن بينة غيرهم، لم يكن في

العين المذكورة شيء وكانت هدرا.(هـ) الخ... وفي ابن عرفة الصقلي : والصبي المميز ضامن المال في ذمته والدماء على حكم الخطأ. (هـ).

وسئـل أي الحائك أيضا عن رجلين تشاجرا في أمر أفضى بهما للملاطمة بالأيدي، ثم افترقا فجاء أحدهما من الغد يزعم أن الآخر كسر أصبعه الوسطى، ولم يوافقه خصمه على ذلك.

فأجاب بما في سماع أشهب عن ملك إذا تنازعا، ثم أتى أحدهما بأصبعه مجروحة تدمى، يزعم أن صاحبه عضها. قال : يحلف له، وإن كان من أهل التهم أدب، وقال ابن القاسم فيمن ادعى أن فلانا جرحه، فلا استحلفه في جرح ادعاه أو ضرب إلا أن يكون مشهورا بذلك، فيحلف، فإن نكل، سجن حتى يحلف. وقال اصبغ : فإن طال حبسه ولم يحلف، عوقب وأطلق، إلا أن يكون متمردا فيخلد في السجن. انتهى. من الحطاب باختصار، لكن انظر في نوازل المعاوضات من المعيار جوابا لسيدي مصباح. (هـ).

سؤال عن رجل جرح آخر في إبهامه وتعطلت منفعته، ثم اصطلحا على الدية واختلفا في قدرها.

جوابه : الحمد لله، حيث شلت إبهام هذا الجريح، وتعطلت من كل المنافع، وتصالح مع الجاني على الدية، فالواجب عليه عشرها، لأنه القدر الواجب شرعا في قطع كل أصبغ. الشيخ خليل : (وفي كل أصبع عشر) الخ... وقدرها على أهل العين ألف دينار من الذهب، أو اثنا عشر الف درهم، على أهل الورق. قال أبو المودة، وعلي الشامي، والمصري، والمغربي، ألف دينار، وعلى العراقي اثنا عشر الف درهم الخ... فيكون العشر على هذا مائة دينار ذهبا، أو اثنتي عشرة مائة من الدرهم الشرعي، وهو الحسني في وقتنا هذا، فجزى الله عنا سيدنا الأمير أحسن الجزاء، فصرف كل دينار اثنا عشر درهما، ولا شك أن الريال في وقتنا هذا، يتعاملون فيه بعشرة دراهم، فتلخص أن مائة دينار التي هي عشر الدية أو بدلها من الفضة وهو اثنا عشر مائة من الدراهم هي بالريال مائة واحدة وعشرون ريالا،

والله سبحانه تبارك وتعالى أعلم، قاله وقيده الخضر بن محمد السلاسي، كان الله له. (هـ).

وأجبت عقبه، الحمد لله، لا شك أن قدر الدية على أهل المغرب اثنا عشر ألف درهم، لأن غالب صرفهم اليوم بالفضة، وقد قال الباجي كما في الزرقاني : ينظر إلى غالب أحوال الناس في البلاد، فأي بلد غلب على أهله شيء كانوا من أهله، وإذا انتقلت الأحوال، وجب انتقال الأموال، وقد أشار أصبغ إلى هذا. (هـ). وعليه فعشرها اثنا عشر مائة من الدراهم الحسنية، ويقابلها من الريال مائة وعشرون ريالا، ومن الذهب، ثلاثون لويزا فأيها دفع الجاني كفى. وهذا كله ظاهر جدا، وما سطر أعلاه صحيح يجب العمل به، والله سبحانه تبارك وتعالى أعلم، قاله وقيده المهدي بن محمد الحسني العمراني، لطف الله به آمين اهـ.

قلت في نوازل الشريف العلمي، أن أبا العباس سيدي أحمد بن عرضون.

سئل عن رجل كان يلعب فلقيته سكين مسلولة في يد رجل، فمات منها.

فأجاب لا تجوز على الرجل المذكور شهادة من حضر الملعب وله سكين، وتجوز عليه شهادة من ليس عنده سكين من الحاضرين، إذا توفرت شروطها، وتكون الدية في مال الجاني، إن ثبتت عليه الجناية شرعا، لكون العاقلة معدومة، والله سبحانه وتعالى أعلم. (هـ).

وكتب عليه جد والدنا الإمام سيدي محمد مخشان ما نصه : سمعت شيخنا الحميدي رحمه الله يقول : إن العاقلة في هذا الزمان معدومة، فإذا قتل قاتل خطئا ولم يوجد بيت المال، فإن الدية تبطل، وتذاكرت هذا مع شيخنا سيدي محمد بن الحسن بن عرضون، فقال : بل الدية تجب على القاتل إن عدم بيت المال، ولا يبطل دم مسلم.

قلت : قال الشيخ الخرشي عند قول المختصر، ثم بيت المال ما نصه : فإن لم يكن بيت المال أو كان، ولا يمكن الوصول إليه، فإنها تكون في مال القاتل. وقال الجزولي في شرح الرسالة : أما من لا عاقلة له ففيه أربعة أقوال. قال ابن الجلاب : عقله في بيت المال. وقيل إن دمه هدر، لا شيء فيه. وقيل ديته في مال الجاني. وقيل تقسط على الجاني فما ناب الجانى أعطاه، وما ناب العاقلة سقط، وهناك قول خامس وهو أن الزائد يكون في بيت المال. (هـ).

وسئلت عن رجل وجد مضروبا بالرصاص، وذكر أن الذي ضربه هو فلان على وجه العمد، وأنه إن مات فهو المؤاخذ بدمه، ثم مات، فقبض فلان المذكور في السجن نحو العام ونصف، ثم اصطلح أولياء المقتول مع أخي المدعى عليه بمائة ريال، وأبرءوا المتهوم من دعوى الدم.

فأجبت الحمد لله، حيث عفا أولياء المقتول عن دمه، واصطلحوا فيه بالمال الذي قبضوه من أخي المدعى عليه، وأبرءوه فيه البراءة التامة العامة، فإنه يسرح من السجن الآن، على خلاف في ذلك، الذي أفتى به ابن رشد وأبو الحسن ان هذا المسجون بعد العفو عنه يضرب مائة، ويستأنف له سجن سنة، والذي قاله معاصره ابن الحاج، إن محل ضربه مائة، وسجنه سنة، إذا حلف أولياء المقتول خمسين يمينا، فإن عفوا ولم يحلفوا كما في هذه النازلة، فلا ضرب ولا سجن. (هـ). وما قاله ابن الحاج رجحه البرزلي، ونسبه للمدونة، وأفتى به ابن عرفة، ورجحه أيضا ابن هلال قال في الدر النثير. نقلا عن ابن الحاج : فإن قام له لوث يوجب القسامة فلم يقتله الولاة، فهل يجب عليه ضرب مائة وسجن سنة، فكان يظهر لي أنه لا يجب ذلك عليه، وذهب ابن رشد إلى أنه إذا وجبت القسامة فلم يقسم الولاة، فإنه يضرب مائة ويسجن سنة. فأبو الحسن أفتى بما ذهب إليه ابن رشد، وبعض الطلبة أفتى بما ذهب إليه ابن الحاج. البرزلي : ودليل المدونة يشهد لابن الحاج. قال : وقد كانت وقعت بالقيروان فاحتججت به على سقوط عقوبة من صولح قبل القسامة. قال وأفتى فيها شيخنا الإمام بنحوه. (هـ). وعليه فلا ضرب ولا سجن على هذا المتهم تبعا لما أفتى به هؤلاء الأعلام، والله

سبحانه وتعالى أعلم. قاله وكتبه المهدي بن محمد الحسني تاب الله عليه. (هـ).

وسئلت عن تدمية بحث فيها بعض المعاصرين ممن ينسب نفسه للفتوى.

فأجبت الحمد لله، التدمية المشار إليها بالملصق أعلاه صحيحة تامة شرعا، مستوفية جميع ما يطلب فيها، والأبحاث الأربعة فيها كما في غير هذا باطلة بالضرورة، وبيان ذلك قول كاتبها في البحث الأول، منها خلوها عن معرفة عين المدمَّى عليه الخ... ليس بشيء، لأن معرفة المدىَّ عليه إنما يحتاج إليها إذا لم يكن مشهورا، وإلا فلا. قال ابن فرحون : والتدمية على عين المدمى عليه، إثم، فإن لم يحضر وكان ــ أي المدمى ــ عليه معروف العين، مشهوراً أو عرفه شهود التدمية، فذلك أيضا تام.(هـ.) والمدمى عليه هذا من الشهرة بمكان، إذ هو محبوس في السجن بأمر السلطان نصره الله، فكيف يتوهم أنه غير معروف. بل قال الشيخ التسولي في شرح التحفة : وقوله وعرف المدمى عليه لا يضره عليه سقوطه إذا وصفه بصفاته التي يتميز بها، فإن لم يصفه فلا يضر أيضا، لأن الأصل أنه هو، حتى يثبت من يشاركه في البلد في اسمه ونسبه الخ... وأما الاستشهاد بقول الشيخ الرهوني : وإن لم يكن معروفا عندهما الخ... فلا يصح إلا لو كان الشاهدان هنا صرحا بعدم معرفته مع أنهما إنما أسقطاه من الرسم، ولم يتعرضا لمعرفته ولا لعدمها، وقد علمت ان سقوط معرفته غير مضر، والله أعلم. وأما البحث الثاني وهو قوله : التدمية لا توجب القود من المدمى عليه، حتى يشهد شاهدان أنه من ذلك الجرح إمات الخ.... فغير صحيح، ولا قائل به في هذه الصورة، وهي إذا كانت التدمية لمجرد قول الجريح. ففي المواق ما نصه : تقدم أن قول الميت دمى عند فلان لوث يوجب القسامة. قال ابن رشد : لم يختلف في هذا قول مالك، وتابعه على ذلك جميع أصحابه، والليث. قال الباجي : وهذا إذا ثبت قول الميت بشاهدين. (هـ). وهكذا عند غيره من شروح المختصر، وشروح التحفة وغيرهم من كتب الوثائق والنوازل. وأما ما نقله المواق عن المتيطي ونصه : من تمام الشهادة أن يشهد شاهدان مقبولان أن الجريح لم يفق من جرحه إلى أن توفي الخ... فليس

هو في هذه النازلة، وإنما هو فيما إذا شهد شاهدان بمعاينة الجرح والضرب، ثم تأخر الموت، فمن تمام الشهادة في هذه أن يشهد ذلك الشاهدان أو غيرهما، بأنه لم يفق من جرحه إلى أن توفي، لاحتمال موته من غير هذا الجرح، وفي هذا المحل ذكره المواق والله أعلم.

وأما بحثه في شهادة العدول بأنهم عاينوه ميتا.الخ... فغير صواب أيضا لأن شهادة العدول بمعاينة الموت شرط لا بد منه، لقول المختصر : (إن ثبت الموت). قال المحشي بناني : هذا راجع لجميع صور اللوث. (هـ). وقال الشيخ ابو علي هو شرط في جميع صور اللوث في العمد والخطأ، وبينا ذلك في الشرح غاية. (هـ). ونحوه قول التحفة بعد ثبوت الموت.الخ...

وأما قوله في البحث الثالث، ومنها عدم وصف الجراحات بكونها مخوفة،الخ... فباطل أيضاً لأن هذا مذكور في التدمية لقول شهيديها، وتحت بزولته اليمنى نخسة بسكين، قطعت جلده، وغاصت في لحمه، مقدار أنملة، والدم ينزو منها، وذلك لا يفعله المرء بنفسه.الخ... فوصفهما النخسة بهذه الأوصاف صريح في أنها مخوفة، وكان الكاتب يعتقد أنه لا بد من التعيين بلفظ، مخوفة وليس صحيح، لأن النظر للمعنى لا للفظ، ثم لا يخفى أن النزاع هنا في هذه التدمية إنما هو لأجل أن يسرح من السجن، لا للقصاص، وهذا مما لا ينبغي أن يلتفت إليه، بل الواجب الاعتناء بأمور الدماء أكثر من الأموال. قال ابن الناظم في شرح التجفة نقلا عن كتاب ابن حبيب ما نصه : قال مالك من ألطخ بدم وقعت التهمة عليه، فعليه الحبس الطويل جدا، ولا يعجل بإخراجه حتى تتبين براءته أو تأتي عليه السنون الكثيرة، ولقد كان الرجل يحبس باللطخ والشبهة، ويطال حبسه حتى إن أهله ليتمنون له الموت من طول حبسه. (هـ).

وفي أول باب الدماء من شرح ابن مرزوق للمختصر ما نصه : وجه جعل هذا الباب أي باب الدماء إثر الأقضية والشهادات، الإشارة إلى أن الذي ينبغي أن ينظر فيه القاضي أولا، هذا النوع من الحقوق لأنه آكد الضروريات التي وجبت مراعاتها في كل ملة، وجاء في الصحيح : «أول ما يقضى بين الناس يوم

القيامة في الدماء».الخ... والله سبحانه وتعالى أعلم. قاله وقيده المهدي وفقه الله. (هـ).

وسئلت عن بينة باللفيف شهدوا بمعرفتهم لفلان وفلان، وأن الأول منهما باع للثاني غنما، وذهب معه يوم عيد الأضحى الفارط ليؤدي له ثمن الغنم، ومن ثم تغيب الأول إلى أن أتى به ميتا، من أجنة فاس للمارستان، كل ذلك في علمهم بالمعاينة لما ذكر. إلخ...

فأجبت الحمد لله، الشهادة المذكورة، لا توجب قتلا على المدعى عليه، ولا قسامة أولياء القتيل لانتفاء سببهما معا.

أما الأول فسببه إقرار المدعى عليه طائعا، بقتل القتيل عمدا، أو البينة الشاهدة عليه بذلك، ولا وجود لما ذكر هنا.

وأما الثاني وهو القسامة، فسببها هو اللوث، وهو الأمر الذي ينشأ عنه صدق المدعي غالبا، ولا وجود له هنا أيضا، لأنه محصور في ثمانية أشياء، ذكر في التحفة منها خمسة. الأول : أن يشهد شاهد عدل بالقتل. الثاني : أن يشهد شاهد غير عدل بالقتل أيضا، على ما رواه أشهب في هذا عن الإمام، والمعتمد خلافه. الثالث : أن يشهد بالقتل لفيف من الناس غير عدول، الرابع : أن يقول الجريح، وهو مسلم بالغ، حر مميز : دمي عند فلان، يشهد عليه بهذا القول عدلان، ثم يموت. الخامس : أن يوجد القتيل يتشحط في دمه، ومعه إنسان مثلا عليه أثر قتله. وزاد شراحها. سادسا : وهو أن يشهد عدلان على معاينة الضرب أو الجرح ثم يتأخر الموت إلى مضي أيام. وسابعا : وهو أن يشهد عدل فقط على معاينة الضرب أو الجرح، ثم يتأخر الموت كذلك. وثامنا : وهو أن يشهد رجل على رجل أنه أقر له بقتل القتيل عمدا. فقال سحنون : إن القسامة تجب في ذلك بلا خلاف. (هـ.) وبالضرورة أنه ليس في الشهادة المذكورة واحد من هذه الأسباب، فصارت هذه البنية مساوية لمجرد الدعوى. قال ابن رشد في البيان والأجوبة ما نصه : المتهم بالنفس لا يخلو حاله من ثلاثة أوجه : إما أن يكون

صالحا معلوما بالخير ممن لا تليق به تهمة بذلك، فلا يسجن أصلا، ولو يوما واحدا. وإما أن يكون ممن تليق به التهمة، ويشبه أن يفعل ذلك، فإنه يسجن الشهر ونحوه، رجاء أن توجد البنية، فإن ظهر ما يوجب الزيادة بأن تقوى التهمة عليه بما ادعي به عليه مما لم يتحقق موجب القسامة، زيد في سجنه وحبس الحبس الطويل، فإن طال ولم يظهر عليه شيء، حلف خمسين يمينا، وخلي سبيله. وإما أن يكون مجهول الحال، لا يعرف بخير ولا بشر، فيحبس اليومين والثلاثة. (انتهى). بنقل الحطاب وغيره، وعليه تخرج هذه المسألة والله أعلم، وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل الشيخ التاودي ابن سودة عن قول الزرقاني على قول المختصر، في باب اليمين، (أو هو يهودي أو نصراني) ما نصه : إن من قال ذلك في غير يمين يكون مرتداً ولو جاهلا أو هازلا هل هو مسلم أو فيه خلاف، فقلما تجد المرأة في هذا الزمان إلا وهي تقول ذلك على حسب الغضب أو المزاح، فإذا لم يوجد منفذ في هذا المسألة، فقد تجاسر كثير من المسلمين على الحرام. قال في الشفاء : قال القاضي أبو بكر : القول عندنا، إن الكفر بالله، هو الجهل بوجوده، والإيمان بالله، هو العلم بوجوده، ولا يكفر أحد بقول، ولا أرى إلا أن يكون هو الجهل بالله، إلى أن قال : شيخنا الأشعري قال : لأنهم يعتقدون ذلك اعتقادا يقطع بصوابه، ويرونه دينا وشرعا، وإنما يكفر من اعتقد ان ما قاله حق، واحتج هؤلاء بحديث السوداء. فتأمل أيها المجيب المتضلع في هذه المسالك التي نبهنا عليها، هل تنفع ويدخل المعتمد عليها في قولهم : من قلد عالما لقي الله سالما الخ...

فأجاب إلى أن قال : وأما ما ذكره الزرقاني في باب اليمين، فغير صحيح. ففي ابن يونس قال مالك : ومن قال إن فعلت كذا فهو يهودي، أو نصراني، أو مجوسي، أو كافر بالله تعالى، أو بريء من الإسلام، فليست هذه أيمانا. وليستغفر الله تعالى، ولا يكون كافرا حتى يكون قلبه مضمراً على الكفر، وبئس ما قال. (هـ). وقد نبهنا على ذلك في الحاشية. وفي البخاري، باب من حلف بملة

سوى الإسلام، ثم أورد فيه حديثا ثابت بن الضحاك عن النبي ﷺ الله عليه وسلم أنه قال : من حلف بغير ملة الإسلام، فهو كما قال. كذا في كتاب الأيمان والنذور، ورواه في كتاب الأدب، بلفظ : من حلف بملة غير الإسلام كاذبا، فهو كما قال. ورواه مسلم من طريق سفيان بلفظ : من حلف على يمين بملة غير الإسلام، كاذبا متعمدا فهو كما قال. قال عياض : قوله : كاذبا متعمدا، تفرد بزيادتها سفيان الثوري، وهي زيادة حسنة، ويستفاد منها، أن الحالف المتعمد إن كان مطمئن القلب بالإيمان، وهو كاذب في تعظيم ما لا يعتقد تعظيمه، لم يكفر، وإن قاله متعمداً اليمين بتلك الملة، وكونها حقا، كفر، وإن قالها لمجرد التعظيم لها، احتمل. قال ابن حجر : وينقدح أن يقال : إن أراد تعظيمها باعتبار ما كانت قبل النسخ، لم يكفر أيضا، ثم نازع عياضا في كون الثوري تفرد بالزيادة المذكورة. وقال ابن المنير : قوله : فهو كما قال، ليس على إطلاقه في نسبته إلى الكفر، بل المراد أنه كاذب ككذب المعظم لتلك الجهة. وقال ابن المنذر : اختلف فيمن قال : أكفر بالله أو نحو ذلك إن فعلت ثم فعل. فقال ابن عباس، وأبو هريرة، وعطاء، وقتادة، وجمهور فقهاء الأمصار : لا كفارة عليه، ولا يكون كافرا إلا إن أضمر ذلك بقلبه. وقال الأوزاعي، والثوري، والحنفية، وأحمد، وإسحاق : هو يمين لقوله عليه الصلاة والسلام : من حلف باللات والعزى، فليقل لا إله إلا الله. ولم يذكر كفارة ولا غيرها ،وكذا قال : من حلف بملة غير الاسلام فهو كما قال. فأراد التغليظ في ذلك. وقال ابن حجر في الترجمة المذكورة : لم يجزم، أي البخاري، بالحكم هل يكفر الحالف بذلك أو لا ؟ لكن تصرفه يقتضي أن لا يكفر بذلك، لأنه روى في الباب الذي قبل هذا الباب، من حلف باللات والعزى، فليقل لا إله إلا الله، ولو كان ذلك يقتضي الكفر، لأمره بإتمام الشهادتين. (هـ). وقد يبحث معه في هذا بما ذكره هو وغيره في حديث : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله. وحديث : من مات وهو يشهد أن لا إله إلا الله أنها علم على الجملتين، كما تقول : قرأت الحمد لله رب العالمين. أي والمراد الفاتحة كلها. (هـ). ولا يخلو من تصحيف.

وسئـل أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عن امرأة سبت النبي ﷺ وبنته فاطمة رضي الله عنها، قام عليها زوجها في حديث بينه وبينها طويل، أفضى إلى خـلـع.

فأجاب : لا بد من بيان ما سبت به، فإن كان تنقيصا أو استخفافا بحقه ﷺ، قتلت على المشهور حداً، إن ثبت ذلك بعدلين لا مدفع لها فيهما، فإن لم يكن إلا عدل سقط ذلك عنها، إلا أن تكون من أهل التهم، فيجب عليها الأدب والسجن، كما في ابن سلمون وغيره. وفي الشفاء : سبت امرأة النبي ﷺ فقال : من يكفيني عدوتي. وفيها وفي غيرها أن التهور لا يسقط عنها القتل، وهو الظاهر منها في قضية السؤال. وأما سبُّ فاطمة رضي الله عنها، ففي مسائل ابن الحاج : وروى أبو ذر أن المأمون أُتِيَ برجلين أحدهما شتم فاطمة رضي الله عنها، والآخر شتم عائشة رضي الله عنها، فأمر بقتل الذي شتم فاطمة، وترك الآخر، فقال اسماعيل : ما حكمهما إلا أن يقتلا. انتهى من ابن سلمون. وقال عياض : سب آل بيت النبي ﷺ وأزواجه، أوصحابه، وتنقصهم، حرام ملعون فاعله، ومشهور مذهب مالك في هذا الاجتهاد والأدب الموجع.(هـ). ولو رماها الزوج بالردة وأنكرت لزمه أي الطلاق، لأنه مقر على نفسه بموجب فراقها. قاله زروق على الرسالة، ونحوه لغيره. (هـ).

وسئـل أيضا عن ذمي نزل من مركب النصارى، وأسلم عشية يومه، ومن الغد جاءه صاحب المركب وطلبه بما أخذه له، وقدره أربعون ريالا، فحكم عليه الشرع المطاع بردها، فادعى أنه إنما أسلم ليتم له أخذها، إذ كان، فأمره فيها، وأنه كان خائف الفتك به في مركبهم. فأفتاه فقهاء طنجة أنه معذور لقول المختصر : (وقبل عذر من أسلم). وقال أسلمت عن ضيق إن ظهر. ولقول المواق عليه : روى ابن القاسم في نصراني أسلم، ثم ارتد عن قرب. وقال : إنما أسلمت عن ضيق ضُيق علي، فإن علم أنه من ضيق حاله، أو خوف، أو شبهه، عذر. وقاله ابن القاسم وابن وهب، إذا كان عن ضيق وعذاب أو غرم أو خوف. قال أصبغ : إذا صح ذلك وكان زمان يشبه ذلك في جوره. (هـ).

فأجاب : ظهر لي ولمن فاوضته فيه أن لا عذر له، وأنه يحكم فيه بحكم المرتد، وإنما يظهر عذره لو أسلم في المركب عند خوف الفتك، لا بعد نزوله، وأمنه، وادعاء خوف الغرم لما أخذ للنصارى إذا لم يسلم بعيد، أولا يتم، لأنه معلوم أن الإسلام لا يجيره من ذلك، ولا المسلم الأصلي، وإنما ينفع ذلك في الحرب. في هذا ما ظهر في ذلك، وإن خالف من عذره، والله الموفق للصواب. (هـ).

وقيدت من خط تلميذه القاضي بتطوان سيدي المأمون أفلال الحسني العلمي ما نصه : رفع إلي في حال ولايتي القضاء، صبي من نحو اثنتي عشرة سنة أسلم، ثم ارتد، وكان إسلامه قبل ارتداده بيوم، ثم نظرنا ما توجبه الشريعة في أمر ارتداده، فكتبنا الذي توجبه الحنيفية السمحاء : أن الصبي يحكم له بحكم الإسلام، ويستأنى به إلى البلوغ، فإن رجع إلى الإسلام بقرب البلوغ، كان على إسلامه وإلا استتيب، فإن تاب وإلا قتل مرتدا. هذا الذي قال فيه ابن رشد : إنه المشهور. وقال ابن الحاجب إنه الأصح. وقال ابن شاس : إنه الراجح، وقبله جماعة من المتأخرين كالشيخ مصطفى، في الردة، وبناني، والمواق، في الجنائز. والقول الآخر إنه بردته قبل البلوغ يؤدب ويترك إلى لعنة الله، وعليه ابن سلمون وابن هارون في اختصار المتيطية، والشيخ سيدي عبد القادر الفاسي وغيرهم. فتعين المصير إلى الأول لرجحانيته، والله الموفق للصواب. ولما كثر في المسألة القيل والقال، رفعت المسألة بخلافها إلى أمير المؤمنين، فحكم فيها بالأول، ورفع يد من تكلم في رجوعه إلى دين اليهودية والسلام. (هـ).

قلت : قال الابي في شرح مسلم، لما تكلم في باب، من قال لأخيه كافر، من كتاب الأيمان على قوله ﷺ ومن دعا رجلا بالكفر أو قال عدو الله وليس كذلك إلا صار عليه ما نصه : **نزلت مسئلة** سنة أربع وثمانين وسبعمائة بتونس في رجل يدعى القبطان. قال لرجل في أثناء نزاعهما أنا عدوك وعدو نبيك، فعمل فيها مجلس عن أمر خليفة الوقت، فأفتى الشيخ أبو عبد الله الغرياني بأنه مرتد يستتاب، وأخذ كفره من الآية، أي (من كان عدوا لله وملائكته). الخ... وهو أخذ حسن، واستتابته من قوله تعالى : ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر

هم﴾. الآية. وقال غيره من أهل المجلس، إنما كفر كفر تنقيص، فلا يستتاب، واستدلوا بجزئياتي ذكرها ولم يكن شيخ الوقت، وظاهرة العصر أبو عبد الله ابن عرفة، حضر هذا المجلس، لكن رفع إليه فرجح كونه منقصاً وبلغه عني أني رجحت كونه مرتدا، وكنا قرأنا عليه المحصل للفخر أي الرازي، وبقيت منه أوراق فدخلت عليه أسأله، قراءة الأوراق التي بقيت من المحصل. فقال : إذا العلم لم يجد نفعا فما لأحد بقراءته من حاجة، وكنت أحسب أن عندي من يحيي دين الله من بعدي. قلت : وما ذاك؟ قال : سمعت أنك صوبت قول الغرياني، فقلت : لم أنتصب للترجيح، ولكن لم يظهر لي أن الرجل منقص ولا وجه الجزئيات التي احتج بها عليه، فدخل فأخرج الشفاء، وناوله من قرأ تلك الجزئيات الثلاث. الأولى : حديث : سبت امرأة رسول الله ﷺ فقال : من يكفيني عدوتي، فقتلت. الثانية : أن خالد بن الوليد قتل مالك بن نويرة لقوله عن رسول الله ﷺ : صاحبكم. الثالثة : فتوى ابن عتاب بقتل العشار الذي قال : أدِّ واشك إلى نبيك. وإن أسأت أو جهلت، فقد أساء وجهل نبيك. ثم قال : فما الجواب؟ والحديث نص في القضية. وقوله صاحبكم، وقوله : أشك إلى نبيك كلاهما أخف من قوله أنا عدوك وعدو نبيك. **قلت** : الحديث إنما هو نص في أن كل ساب عدو، ولا شك فيه، وإنما الكلام في عكس هذه القضية، وهي لا تنعكس كنفسها، ولا يتضح أن قوله أنا عدوك وعدو نبيك، تنقيص، بل ربما أشعر بترجيح المقول له ذلك، لأنا لا نجد الوضعاء يجعلون لأنفسهم منزلة بذلك، يقول الواحد منهم : أنا عدو الأمير والأمير عدو لي، وما يقصد بذلك إلا رفع نفسه، لأنه في رتبه من يعادي الأمير. وأما قتل مالك بن نويرة فذلك مذهب صاحبي لا يحتج به على الصحيح، مع أن عمر ودي مالكا من بيت المال، ورأى أن قتله غير صواب، وأما فتيا ابن عتاب، فإنما أفتى بقتل من قال الكلمات الثلاث، ولا شك في كون الأخيرتين تنقيصا، والقبطان أنتم وافقتم على أنه ليس بزنديق، ولم يتضح لي كونه منقصا، فالتحقيق فيه أنه مرتد، فوافق على صحة الجواب عن الجزئيات المذكورات بما ذكر. وقال إن ظهر لك ما قال غيرك فارجع إليه، وإن لم يظهر فلا يحل لك أن ترجع، فقلت : لم يظهر لي إلا ما قلت لكم، وكان القاضي حكم بقتل القبطان

فأعذر إليه فعجز فقتل. (هـ). وأشار إلى ذلك أبو العباس حلولو في اختصار نوازل البرزلي بما نصه :

وقعت مسئلة وهي أن مكاسا تشاجر مع رجل فقال له المكاس : أنا عدوك وعدو نبيك، وشهد عليه من قبل، وأعذر إليه، فلم يكن عنده مدفع، فكان القاضي ممن رأى قتله. وقاله شيخنا الإمام أي ابن عرفة، وخالف في ذلك أبو عبد الله الغرياني. وقال : مطلق العداوة لا يوجب تحتم القتل، وقصاراه ردة، فيستتاب، وسمعت أنه قيد فيها، والظاهر أنه إن قاله قبل ذلك، مظهراً المثل هذا في عدم حفظ لسانه، فهو ردة على الأظهر من المذهب، وإن لم يظهر منه إلا في هذه المرة فهي علامة على خبث سريرته فيكون زندقة. (هـ).

وكتب على ذلك الشيخ الرهوني ما نصه : ما قاله الغرياني والأبي، هو الظاهر، وما أجاب به الأبي هو في غاية الوضوح، وليس قوله هو عدو للنبي، في الدلالة على التنقيص، بأشد من قوله هو كاذب، معلنا بذلك، بل التنقيص في قوله، هو كاذب بين لا شك فيه، ومع ذلك فقد قال ابن القاسم : إن قائله يستتاب، وعليه درج في المختصر وغيره، وليس التنقيص في مسألة القبطان ببين كالإعلام بالتكذيب، ولو لم يقع ذلك منه في حال محاورته لخصمه، لاحتمل أن لا يكون فيه كفر ولا تنقيص أصلا لاحتمال أن يكون قصد به إخباره به عن نفسه بارتكابه أنواع المعاصي والبدع، وميله عن سنة رسول الله ﷺ، وطريقته. وعبر عن ذلك بعداوته لرسول الله ﷺ، لأن من علامة محبته ﷺ اتباعه، وإذا انتفت محبته بانتفاء علامتها، جاء ضدها، ومن المعلوم المقرر أن الحدود تدرأ بالشبهات، ولا سيما الدماء، كما أن من المعلوم المقرر في هذا الباب بعينه أن القول المحتمل لا يوجب القتل، فإذا انضم إلى ذلك مراعاة الخلاف بين الأئمة في قبول التوبة من الساب، ازداد ذلك وضوحا، وقد كتب العلامة الحافظ الثقة أبو العباس الملوي على قول المختصر : (قتل ولم يستتب) ما نصه : إذا أردت تحرير هذا الفرع. فعليك بأواخر تأليف الإمام ابن حجر الهيثمي، المسمى بالأعلام بقواطع الإسلام. فقد نقل حجج المالكية في عدم قبول توبة الساب، واعترضها كلها وزيفها.

ورجح مذهب الشافعية بقبول توبته قائلا : وما نسبه صاحب الشفاء للشافعية مما يخالف ذلك، غلط، وإنما هي قولة مرجوحة فيمن سبه بصيغة القذف. (هـ). وفيه دليل على أنه ارتضى كلام ابن حجر، والله تعالى أعلم. (هـ).

قلت : ــ أي المؤلف ــ وما قاله الغرياني ومن تبعه في غاية الوضوح، ولو قيل إن معنى قوله : أنا عدوك أي بسبب أخذ مالك ظلما، وعدو نبيك أي بسبب ارتكاب ما لا يحل شرعا، لم يبعد، بل هو المتبادر والله الموفق للصواب.

وسئلت عما يظهر من الجواب ونصه : الحمد لله، حيث لم يكن بيد المرأة النائبة عن ولديها بينة، ولا لطخ ولا شبهة على ما ادعت به على أولئك الجماعة، من قتلهم زوجها الخ... كانت دعواها عليهم لا توجب قتلا ولا دية، فأحرى مع عفوها عنهم، فقد برءوا من دعوى تهمة القتل بتلك البراءة، ولم يبق لها عليهم حق أصلا، ولا تحتاج في إبرائهم من القتل لقبض مال منهم، ولا لإذن القاضي في ذلك، ولا لموافقته معها على الإبراء. أما قبض المال منهم حيث لا بينة ولا لطخ، فلا قائل به. وأما عدم إذن القاضي وموافقته، فلأنه قدمها على أمور الصبيين بتمامها فلا تحتاج إليه، ما عدا تفويت الأصل، فلا بد من إذنه فيه. قال ابن سلمون : وإذا ادعى شخص على آخر أنه قتل وليه، فإن كان المدعى عليه لم يتهم وكان مجهول الحال، حبس اليوم أو اليومين والثلاثة، وإن لم يتهم وكان معروفا بالصلاح، لم يحبس ولو يوما واحدا، وإن كان متهما، حبس الشهر ونحوه، فإن ظهرت عليه الدعوى زيد في حبسه. (هـ).

وفي نوازل الفقيه المحقق سيدي عبد الرحمن الحائك أنه سئل عمن اتهم بنفس فسجن لها، وسامحه أولياء الدم الخ... **فأجاب** بكلام ابن سلمون المذكور، ثم قال فحيث أنه من أهل الخير والدين، وسامحه أولياء الدم، وسجن قبلها لم يبق إلا تسريحه من السجن طبعا وشرعا. (هـ). والله اعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

وسئلت عمن ادعي عليه بقتل نفس عمدا عدوانا، وشهدت بينة اللفيف أنهم سمعوا من المقتول قبل موته بيوم، أن الذي قتله هو المدعى عليه،

فضرب وسجن ورجع خمسة من اللفيف عن الشهادة، والآن مضى له في السجن أحد وعشرون عاما، وأراد أهله تسريحه منه، فهل يسرح أم لا؟

فأجبت : الحمد لله، تخليد المدّعى عليه في السجن حتى يموت، لا يصح شرعاً، ولا قائل به من الأئمة، وذلك أن الذي لابن رشد في الأجوبة، والبيان في المتهم بالنفس، أنه إن كان ممن تليق به التهمة، ويشبه أن يفعل ذلك، فإنه يسجن الشهر ونحوه، رجاء أن توجد البينة، فإن ظهر ما يوجب الزيادة بأن تقوى عليه التهمة بما ادعي به عليه، مما لم يتحقق موجب القسامة، زيد في سجنه وحبس الحبس الطويل، فإن طال ولم يظهر عليه شيء حلف خمسين يمينا، وخلى سبيله. (هـ). نقله الحطاب وغيره، ونظمه في التحفة فقال :

وحيث تقوى تهمة في المدعى عليه فالسجن له قد شرعا

قال الشيخ أبو علي في حواشيها نقلا عن أبي الحسن، قال في سماع عبد الملك بن الحسن من ابن القاسم هل يسجن أي المدمى عليه بقول المدمي حتى يستبرأ أمره، والمدعى عليه من أهل التهمة والريبة. قال ابن القاسم : إن كان كذلك، حبس فيما أرى ويضرب للمدعى أجل شهر ونحوه، وليس الشهر للمتهم المريب كثيرا، وإن لم يكن كذلك أي لم يكن متهما فيحبس اليوم واليومين والثلاثة، وأما إن كان رجلا صالحا فلا حبس أصلا ولو ساعة. (هـ). وفي الوثائق المجموعة : وإن كان ممن يليق به ذلك، سجن شهرا، فإن ظهر ما يوجب الزيادة في سجنه زيد، وإلا حلف خمسين يمينا، وأطلق الشيخ. قال ابن رشد : إن كان من أهل التهم حبس الشهر ونحوه، فإن قويت التهمة عليه بما شبه عليه به، مما لم يتحقق تحقيقا يوجب القسامة، حبس الحبس الطويل. قال ابن حبيب : حتى تتبين براءته أو يأتي عليه السنون الكثيرة. قال مالك : ولقد كان الرجل يحبس في الدم باللطخ، والشبهة حتى إن أهله ليتمنون له الموت، من طول حبسه. (هـ). ونصوص العلماء بهذا كثيرة، وهي مصرحة كلها بأن المتهم إذا طال حبسه، يسرح من السجن، وليس في شيء منها أنه يحبس أبدا، وأما نقل المفتي الثاني عن ابن فرحون : كان مالك يقول في هؤلاء الذين عرفوا بالفساد والجرم : إن الضرب

قل ما ينكلهم الخ... فخارج عن موضوع النازلة، إذ معنى عرفوا بالفساد ؛ أنهم اشتهروا به، واستفاض أمرهم بذلك، وانتشر حتى حصلت المعرفة به، والجزم، ولم يبق فيه شك أصلا، وأين هذا من مجرد التهمة بشهادة جماعة متلفظة غير معروفة ولا موصوفة بالسماع من المدمى. فقط مع رجوع خمسة منهم عن ذلك، واعترافهم بأنهم لم يسمعوا منه شيئا، ومع ذلك ضرب المدعى عليه وخلد في السجن أزيد من عشرين عاما، ولم يوجد في هذه المدة الطويلة من يشهد عليه. ومحصله أنه قاس التهمة على التحقيق بينهما مسافة كبيرة جدا، وكذلك نقله أيضا إن قبائل الزمان غالبهم معروف بالفساد الخ... من نمط ما قبله في الخروج عن الموضوع أيضا، إذ القتل على كلام المدعي وقع بفاس، وأي معنى لقياس أهل فاس على قبائل الزمان، فالحاصل أن تلك النقول التي في الفتاوى الأربع بأجمعها متفقة على أن المتهم بقتل النفس يسرح إذا طال سجنه جدا، وهذه النازلة قد وقع فيها الطول الفادح. إذ معنى السنين المتطاولة جدا أن يسجن أعواما تسعة أو عشرة، وأما العشرون عاما والزيادة عليها، فمما لم يسمع بمثله لا سيما تخليده في السجن إلى أن يموت، والله أعلم. المهدي لطف الله به.

وسئلت عن ذمي وجد مقتولا خارج مراكش، فاتهم اليهود به مسلما ذكروا أنه كان له عليه دين، فأخذ رسومه وذهب إليه لداره ليقتضيه منه، فغاب ولم يظهر من ذلك الوقت إلى أن وجد ميتا بالمحل المذكور، فقويت التهمة على المسلم المذكور بذلك، فقبض في السجن ما يقرب من العام، والآن شهد له جماعة كثيرة من العدول واللفيف بأنه من أهل الخير والصلاح الخ...

فأجبت الحمد لله، حيث ثبت بالعدول واللفيف أن المسلم المذكور من أهل الخير والمروءة والدين الخ... فيجب تسريحه من السجن عزما دون تراخ، وكتب الفقهاء مشحونة بذلك. قال ابن فرحون في التبصرة : مسألة رجل حبس في دم، فشهد له بأنه من أهل العفاف والطهارة واستقامة الطريقة، بعيدا من الذي نسب إليه من مقارفة الدم ملازما للخير وأهله، وإن الذي وشى به بينه وبينه عداوة، وأمور دنـيـويـة.

فأجاب الفقهاء عن ذلك بأن الشهادة بذلك توجب الإطلاق من السجن، لأن قول أهل العلم في الرجل يرمي الرجل بالدم هل يحبس أنه إن كان المدمي علي متهما بحبس الشهر ونحوه، وإن كان غير متهم لم يحبس إلا اليوم واليومين، وإن لم يتحقق عليه شيء أطلق، فهذا ما قالوا من غير أن تكون بينة تشهد للمدمى عليه بالطهارة والاستقامة، فكيف وقد شهد بهذا بنفي الريبة عنه مع ما انضاف إلى ذلك من طول حبسه أكثر من سنتين فنرى أن إطلاق هذا المحبوس واجب، وحق لازم، لا يحل حبسه ساعة من نهار إن شاء الله تعالى. قال بذلك ابن لبابة وابن وليد، وأيوب بن سليمان. وقال عبيد الله : إن كان لم يشهد عليه بشهادة توجب حبسه، فإطلاقه واجب لا يجوز حبسه. (هـ). وقال الحطاب في شرح المختصر نقلا عن ابن رشد : ولا يجوز أن يضرب المدعى عليه الدم بالتهمة وإنما يحبس فيها إذا كان ممن تليق به التهمة الشهر ونحوه. رجاء أن تقوم عليه بينة، فإن قويت عليه التهمة حبس الحبس الطويل، حتى تتبين براءته، فإن لم يتهم وكان مجهول الحال، حبس اليومين والثلاثة، وإن لم يتهم وكان معروفا بالصلاح لم يحبس ولو يوما واحدا. (هـ). ومثله في شرح التحفة لسيدي عمر الفاسي ونصه : فإن لم يتهم وكان مجهول الحال حبس اليوم واليومين والثلاثة، وإن لم يتهم وكان معروفا بالصلاح، لم يحبس ولو يوما واحدا. (هـ). ومثل هذا في نوازل العلامة المحصل أبي زيد الحائك انظره. وأما قول المدعي ــ أي والد الذمي المقتول ــ إن ولده وجد مقتولا بدار مسلم، فغير مقبول، لأنه وجد ميتا خارج البلد، لا بدار المسلم المذكور. وعلى تقدير وجوده بالدار المذكورة، لا يلزم فيه شيء أصلا. قال الحطاب في شرح المختصر، نقلا عن كتاب الديات من المدونة : وإذا وجد قتيل في محلة قوم أو دارهم، ولا يدرى من قتله، لم يؤخذ به أحد، ويبطل دمه ولا يكون من بيت المال ولا غيره. (هـ). وأشار له في المختصر بقوله : وليس منه ــ أي من الموت ــ وجوده بقرية، قوم أو دارهم. قال الزرقاني : لأنه لو أخذ بذلك لم يشأ أحد أن يلطخ قوما بذلك إلا فعل، ولأن الغالب أن من قتله لا يدعه في مكان يتهم هو فيه. (هـ). وكذلك قوله : أي المدعي أيضا لا حجة تحت يده، وإن

جميع الحجج بيد ولده بمراكش الخ... يوجب تسريح المسلم من السجن بضافر وجهد، لأن من ادعى حقا ببينة غائبة غيبة قريبة أو بعيدة يعطي ــ المدعى عليه ــ ضامنا بالوجه ويسرح على المعمول به. قال الشيخ بناني في حواشي الزرقاني : ذكر أبو علي بن رحال في شرحه : إن العمل جرى بإلزام المطلوب حميل الوجه بالدعوى، سواء ادعى الطالب قرب ببينة أو بعدها. (هـ). والحاصل أن المسلم المذكور يعطي ضامنا بالوجه ويسرح، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

نــــص الفتاوي المردودة، الحمد لله وحده، وصلى الله وسلم على سيدنا ومولانا محمد وآله، وبعد، فالواجب في القضية إن شاء الله تعالى، هو بقاء المشهود فيه بالسجن، ولا سبيل لتسريحه، إذ غاية الأمر على تسليم صحة الرجوع المذكور على ما فيه، أن تبطل التدمية فيصير المدمّى عليه حكمه حكم من قويت عليه التهمة، ولم توجد عليه بينة، ولا شك أن هذا يطال سجنه جدا السنين المتطاولة كما يأتي، وعلى كل حال، لا سبيل لتسريح المتهم المذكور، ولو بطلت الشهادة.

ومن أجوبة ابن رشد وقد **سئــل** عمن دمى على رجل ثم ثبت عليه بالعدول أنه كان دمى على غيره بعد أن ذكر أن التدمية باطلة بما ذكر ما نصه : وإذا بطلت التدمية صار المدمى عليه في حكم من قويت عليه التهمة بالدم، ولم توجد عليه بينة ووجب أن يطال سجنه. وقد قال مالك رضي الله عنه : إن الرجل كان يحبس في الدم باللطخ والشبهة حتى إن أهله يتمنون له الموت من طول حبسه، فإن طال سجنه الدهر الطويل ولم تظهر براءته استحلف خمسين يمينا وخلى سبيله، والله سائله وحسيبه، وهو ولي المتقين. (هـ). وفي ابن سلمون ما نصه : وإن قويت عليه التهمة بما يشبه عليه مما لم يتحقق تحققا يوجب القسامة، حبس الحبس الطويل. قال ابن حبيب : حتى تتبين براءته أو تاتي عليه السنون الكثيرة. قال مالك رضي الله عنه : إن الرجل كان يحبس في الدم إلى آخر ما قدمنا عن ابن رشد. (هـ). إذا علم هذا ظهر لك أن المشهود فيه لا سبيل لإخراجه من السجن إلى أن تمر عليه السنون المتطاولة، والله تعالى أعلم. عبد ربه عبد السلام بن عمر العلوي، سامحه الله بمنه. (هـ).

الحمد لله، ما سطره المفتي أعلاه يليه من أن المدعى عليه يجب إبقاؤه في السجن لقوة التهمة عليه، صحيح، لخطر الدماء عند الله تعالى. ففي الحديث الشريف «لقتل المؤمن عند الله أعظم من زوال الدنيا كلها». قال العلامة أبو إسحاق الهلالي في كتابه الدر النثير ما نص الغرض منه : وإذا قويت التهمة على الشخص تحققا لا يوجب القسامة حبس الحبس الطويل. قاله ابن حبيب في الواضحة : حتى تتبين براءته أو تأتي عليه السنون الكثيرة. قال مالك : ولقد كان الرجل يحبس في الدم أو اللطخ والشبهة، حتى إن أهله يتمون له الموت من طول سجنه. (هـ). وقال في المفيد ما نصه : قال مالك : ومن ألطخ بالدم ووقعت عليه التهمة ولم يتحقق عليه ما يوجب القسامة، أن عليه الحبس الطويل جدا، ولا يعجل بإخراجه حتى تتبين براءته أو تاتي عليه السنون الكثيرة، ولقد كان الرجل. الخ...

وقال ابن فرحون في تبصرته : كان مالك يقول في هؤلاء الذين عرفوا بالفساد والجرم : إن الضرب قل ما ينكلهم، ولكن أرى ان يحبسهم السلطان في السجون، ويثقلهم بالحديد، ولا يخرجهم منه أبداً، وذلك خير لهم ولأهلهم وللناس. (هـ). لا سيما وقد تقرر ما عليه الناس البوم من الفساد والتعدي، كقبائل الزمان، فإن غالبهم معروف بالتهمة والفساد، والحمل على الغالب واجب. قال القاضي أبو الحسن في شرح التحفة : ومن أجل إهمال الناس هذا الباب غلب الظلم، وكثر الفساد، وسفكت دماء، ونهبت أموال يعلمها الكبير المتعال. والحاصل أن تسريح مثل هذا يوجب إغراء لأهل الفساد والتعدي، والواجب إراحة الناس منه، ومن إذايته تقليلا للشرور، وردعا لأهل الزيغ والعناد، وربنا أعلم وأحكم. وكتب موافقا على ما بأعلاه، عبد ربه محمد بن عمر السجلماسي، لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، ما سطر أعلاه صحيح، والنصوص التي نقلوها هي في عين النازلة، فلا تحتاج لمزيد تصحيح، لأن التدمية حيث وجدت فيها القوادح أو سلمت، فلا يبرأ المدمى عليه بسبب ذلك، فلا يخرج من السجن. قال الإمام

الحطاب عند قول خليل رحمه الله : أو نكول المدعي على ذي اللوث وحلفه ما نصه : قال ابن رشد في نوازله : إذا كان اللوث بشهود غير عدول، وتعرف جرحتهم أو تتوسم فيهم الجرحة، فلا اختلاف في أنه لا يجب على المشهود عليه بشهادتهم ضرب مائة سوط وسجن عام، وإنما يجب عليه بشهادتهم السجن الطويل، رجاء أن يوجد عليه بينة عدلية. وأما إذا كانوا مجهولين لا يعرفون بجرحة ولا عدالة، فيجب عليه الضرب والسجن. ثم قال : وإن قويت عليه التهمة بما يشبه عليه مما لم يتحقق تحقيقا يوجب القسامة، حبس الحبس الطويل. قال ابن حبيب حتى تتبين براءته أو ياتي عليه السنون الكثيرة. قال مالك : ولقد كان الرجل يحبس في الدم باللطخ والشبهة حتى إن اهله يتمنون له الموت من طول سجنه. (هـ).

وقال ايضا عند قول الشيخ خليل : قتلني فلان ولو خطئا ما نصه بعد كلام طويل : وإذا بطلت التدمية صار المدمى عليه في حكم من قويت عليه التهمة بالدم ولم يوجد عليه بينة، ووجب أن يطول سجنه، وقد حكى عن مالك أن الرجل كان يحبس في الدم باللطخ والشبهة حتى إن أهله يتمنون له الموت من طول سجنه الدهر الطويل. (هـ). وحاصل نازلتنا ان التهمة قوية كما رأيت في النص، وإذا كان كذلك فالمدمَّى عليه لا يخرج من السجن، وهذا كله بين واضح، والله تعالى أعلم وأحكم. وكتبه عبد ربه وأسير ذنبه محمد أحجيج الحسني العمراني الله وليه ومولاه. الحمد لله، وصلى على سيدنا محمد وآله، ما سطره الفقهاء في النازلة أعلاه من أنه لا سبيل إلى تسريح المشهود فيه من السجن، هو الذي يجب المصير إليه، ويقول في الأحكام الشرعية عليه لخطر الدماء وعظمها عند الله، وفي تسريحه من إغراء أهل الفساد، والتعدي على ارتكاب هذا الفعل الذميم شرعا ما لا يخفى، وأقل ما يكون على تسليم الرجوع المذكور أن تقوى بالتهمة، وتحصل الشبهة، فيجب طول الحبس معهما كما صرح به أئمة المذهب رضي الله عنهم. ففي التبصرة الفرحونية ما نصه : ولو قويت التهمة لحبس الحبس الطويل. قال ابن حبيب في الواضحة : عليه الحبس الطويل جدا حتى تتبين براءته أو تاتي عليه

السنون الكثيرة. قال مالك : ولقد كان الرجل يحبس في الدم باللطخ والشبهة حتى إن اهله ليتمنون موته من طول حبسه. (هـ). وفي هذا القدر كفاية، والزيادة على ما سطر أعلاه زيادة على النهاية، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل. وكتبه موافقا على ما سطر عبد ربه، وأسير ذنبه، خليل بن صالح الخالدي الحسني، وفقه الله. (هـ).

ووقع السؤال عما يظهر من الجواب ونصه : الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد رسول الله، وعلى آله رسم، التدمية أعلاه، لا تجب به قسامة، بل هو ساقط عن درجة الاعتبار، إذ المدمى عليه لم يتعرض الشهود لمعرفته ولا وصفه المدمي، وذلك موجب لسقوط تدميته. قال خاتمة حفاظ النوازل والأحكام سيدي محمد الرهوني لدى قول المختصر : كأن يقول بالغ، حر، مسلم : قتلني فلان، ما نصه : هذا ظاهره إن كان المدمي عليه معروفا عند الشاهدين، وإن لم يكن معروفا عندهما ولم يصفه المدمي وصفا كاشفا، فلا عبرة بالتدمية، وإن تعلق ولاته بشخص وعينوه، فإن حلاه ووصفه، فجزم شيخنا الجنوي بأنه لا عمل على ذلك، وكتب على هذا المحل ما نصه، إلى آخر عبارته قف عليها. (هـ).

وقال مختصره ما نصه : لا بد أن يكون المدمى عليه معروفا عند الشاهدين، وأحرى عند المدمى كما قد يشعر به تعبير المصنف بكناية العلم وهو فلان، فإن لم يكن معروفا عندهما ولا وصفه المدمى فلا عبرة بالتدمية، وإن تعلق ولاته بشخص وعينوه، فإن وصفه المدمى فجزم الجنوي، بأنه لا عمل على ذلك أيضا، واستدل بما نقله أن بعض القرويين **سئل** عمن دمى على فلان، ووصفه وحلاه، فتوجد تلك الصفة في البلد، هل يقسم عليه كما قيل في الحقوق أو تبطل التدمية لعظمها وللاختلاف في عمل التدمية من أصلها، **فأجاب،** بأنه لا يقبل قوله ولم يعلم الأصحاب فيه قولا.(هـ).

وفي نوازل ابن رشد أنه اذا لم يكن إشهاد المدمى بالتدمية على عين المدمى عليه، وإنما وصفه للشهود، فلا بد أن يثبت عند القاضي على هذا المدعى عليه

القتل، أنه المتصف بتلك الصفات، ليس في المحل من يتصف بها سواه، وحينئذ تجب للولي القسامة.(هـ) الخ... باختصار كثير منه بلفظه على أن المدمى عليه هنا لم يذكر له ما يعرف به أصلا، ومولاي محمد مهدي العلوي في بلادنا، يطلق بالاشتراك على أشخاص عديدة لا تكاد تنحصر في المئين والألوف، فمن لنا بتمييز واحد منهم بأنه هو المدمى عليه، مع انضم لذلك من أن هذا الذي تعلق به الأولياء، بيده بينة تشهد له بأنه من أهل الخير، والدين، والصلاح، والعفاف، مشغول بمعاشه، وأمور أمتعته، وبما يعنيه، تارك لما يشينه، لم تظهر عليه جريمة ولا منقصة قط، ولااتهم بها، ومن إبراء أم الهالك وأخيه له، وهما وإن لم يكن لهما العفو لوجود الولد الصغير للهالك، فالتدمية لم تصح، فما بقي إلا تعلق الولاة به، وقد سقط بالإبراء، فلم يبق موجب لسجنه، والله أعلم. محمد المامون بن رشيد العراقي الحسيني، كان الله له. (هـ).

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد، وعلى آله وصحبه. وبعد، فما قاله المفتي أعلاه صحيح، وما جلبه من الفقه، هو نص في النازلة، وفي عينها صريح، بل في التدمية المذكورة خلل ايضا من حيثية أخرى، عدم قيء المدمى، ومعاينة الشهود لذلك، ولما لم يكن به أثر السم، تستر الطبيبان بقولهما : إنه قليل، فتعين عدم إعمال التدمية على المعمول به، لعدم ظهور الأثر، على أنا في غنية عن هذا كله بما نقله المفتي الأول عن الرهوني عن شيخه الجنوي، وعن الإمام ابن رشد حسبما يعلم من الوقوف على جميع ذلك بالمحل المذكور من حاشيته، وأيضا لم تعاين البينة المدمي ميتا، وهذا امر لا بد منه، وحيث ضعفت التهمة، وكان المدمى عليه ممن لا تلحقه تهمة بذلك وشبهه حسبما بالموجب بيده، فلا معنى لبقائه في السجن كما لابن سلمون وغيره، ونصه، فإن لم يتهم وكان معروفا بالصلاح، لم يحبس ولو يوما واحدا. انتهى. نص المراد منه، فانظر الى قوله، فإن لم يتهم، وكان معروفا بالصلاح، لم يحبس ولو يوما واحدا، والمراد بالتهمة، بأن يكون من أهلها، لا مجرد دعوى أولياء المدمي عليه، وهو في نفس الأمر معروف بضد ذلك، على ان نازلتنا خارجة عن هذا كله، إذ لم تكن الدعوى فيها على معروف،

وبالله سبحانه التوفيق. قاله وكتبه عبد ربه العباس بن احمد التازي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن امرأة مراهقة دمت على امرأة، سمتها عائشة شواطة، ألقت لها السم بالكسكسون في دوار أولاد ابن طلحة، وماتت، فادعى أهلها على امرأة اسمها عائشة، فقبضت في السجن، فأثبتت ببينة أنها لم تلقب قط بشواطة، وأنها لم تصل قط لأولاد ابن طلحة.

فأجبت مع جماعة المفتين بفاس، بأن التدمية باطلة، لعدم معرفة المدمية والشاهدين المتلقيين منها للمرأة المدمى عليها، ولعدم وصفهم لها بالكلية، ولكون المدمية غير بالغة، فسرحها القاضي من السجن، فأخذ المدعي عليها نسخة من الحكم والفتاوي، وذهب بها للسلطان نصره الله بمراكش، فعرض ذلك على طلبة مراكش.

فأجابوا بأن حكم القاضي المذكور ليس فيه الإشهاد على المدعي بالتعجيز، وما دام لم يشهد عليه بالتعجيز، فليس بمعجز شرعا. وكذا وقع في رسم موتها تسمية العدلين لها بالمرأة، ولم يذكر أنها صبية، فدل ذلك على أن المفتين لم يعاينوا رسم التدمية، أو تجاهلوا، وكلا الأمرين مذموم. وأما معارضة التدمية بكون الشهود لم يعرفوا المدمى عليها، ولم يصفوها وصفا كاملا، فقد قال العلماء : إن إسقاط ذلك من التدمية لا يضر، قائلين : إن الأصل في المدمى عليه أنه هو حتى يثبت من شاركه في البلد في اسمه ونسبه، وقالوا فيمن لم يميز : ففي أعدائه أولا حتى تثبت أحديته، قولان، أرجحهما أعداؤه كما قال في المختصر، آخر باب القضاء، وعليه إثبات أن هناك من شاركه، وعليه فلا بد من رجوعها للسجن حتى يستبرأ أمرها استبراء لم تبق به ريبة، والله أعلم. (هـ).

والجواب : الحمد لله، يعلم سيدنا، أسمى الله أمره، وخلد في الصالحين ذكره، أني أبالغ في القضايا التي تنزل بين يدي، وأبالغ في الاستقصاء والبحث عنها حتى يعجز أحد الخصمين، فإذا عجز وأعذرت إليه ولم يأت بحجة، بادرت إلى

الحكم كما هو الواجب علي شرعا. ومنه قضية هذه التدمية لأن الهالكة دمَّت على عائشة شواطة التي ألقت لها السم في الكسكسون بأولاد ابن طلحة. فلما قبضت في السجن هذه المرأة التي أدعى عليها أهل الهالكة، أثبتت ببينة أنها لم تلقب بشواطة، وأنها لم تصل قط لأولاد ابن طلحة، فاقتضى النظر تسريحها من السجن، لأن المدمي عليها شواطة، وهذه ليست بشواطة، ولم تصل لأولاد ابن طلحة قط. ومع ذلك تحرينا في أمرها بإعطائها ضامنا بوجهها، خشية أن يثبت عليها الحق فيما يستقبل، ولما وصلنا الأمر الشريف بقبضها ثانيا، رددناها للسجن امتثالا للأمر المطاع. وأما ما أورده على الحكم فقهاء مراكش، من أنه ليس فيه الاشهاد على المدعي بالتعجيز. وما دام لم يشهد عليه بالتعجيز. فليس بمعجز شرعا الخ... فليس الأمر كما قالوا، بل إن تأجل الخصم وعجز عن الحجة يحكم عليه، وإن لم يشهد عليه بالتعجيز، وذلك مذكور حتى في الزقاقية المتداولة بين صغار الطلبة، ونصها :

نعم إن تم ما قد تأجلا ... به الشخص مع عجز عن النفع عجزه

أي أحكم عليه وعجزه. وقال ابن فرحون في التبصرة، إذا انقضت الآجال والعلوم، ولم يات المؤجل بشيء يوجب له نظرا، عجزه القاضي، وأنفذ القضاء عليه الخ... وهكذا في الوثائق المجموعة، وأحكام ابن ابن سهل وغير واحد، ولم يذكروا إشهادا على التدمية بالسم هي من ناحية القتل غيلة، وقد نصوا على أن الغيلة لا تعجيز فيها، فانظره. وكذا ما أوردوه على المفتين من كون رسم موت المدمية، فيه تسميتها بالمرأة، ولم يذكره العدول أنها صبية. الخ... فغير وارد عليهم، لأن العدلين في رسم التدمية قالا : إنها مراهقة، وهو صريح في أنها غير بالغة، لأن حقيقة المراهقة هي التي قاربت البلوغ ولم تبلغ. وأما في رسم الإراثة فإنما قالا : هي امرأة وهذا لا يقتضي أنها بالغة، لأن المرأة هي الأنثى، كما في المصباح وغيره، فيصدق بالبالغة والتي لم تبلغ. وأما قولهم، قد قال العلماء : إن إسقاط ذلك أي المعرفة أو الوصف من التدمية لا يضر الخ... فغير سديد، لأن قائل ذلك انما هو الفقيه التسولي وحده، خالف به طريق التوثيق بأسره، الذي هو معرفة المشهود

عليه، أو التعريف به، أو وصفه، بل خالف به المختصر بقوله : كأن يقول : بالغ، حر، مسلم، قتلني فلان الخ... لأن فلان، كناية عن المعرفة كما قاله النحاة. ونحوه قول التحفة :

أو بمقالة الجريح المسلم　　البالغ الحر فلان بدَمِي

وقال الرهوني في حواشيه : وإن لم يكن معروفا عند الشاهدين ولم يصفه المدمي وصفا كاشفا، فلا عبرة بالتدمية، وإن تعلق ولاته بشخص وعينوه، فإن حلاه ووصفه، فجزم شيخنا الجنوي بأنه لا عمل على ذلك. قف على آخره، ولا يجوز العدول عما قاله الجمهور إلى ما قاله واحد فقط، إذ الحكم بالضعيف لا يجوز، وينقض كما قاله في العمل الفاسي.

حكم قضاة الوقت بالشذوذ　　ينقض لا يتم بالنفوذ

على أن كلام التسولي المذكور، لا حجة فيه على هذه النازلة، لقوله : إن الأصل في المدعى عليه، أنه هو حتى يثبت من شاركه في البلد في اسمه ونسبه الخ... فهو صريح في أنه إن ثبتت الشركة في اسم المدمى عليه، ونسبه لا يعمل بالتدمية، فأحرى وأولى أن لا يعمل بها إن ثبت أنه غيره، كما هي النازلة. وأما نقلهم كلام المختصر آخر باب القضاء، فلا يصح تنزيله على هذه المسألة بحال، لأن معناه، إن القاضي إذا كتب لقاض آخر في رجل عليه حق ببلده، وسماه باسمه، ولم يصفه في كتابه بوصفه ووجد في بلده أي بلد القاضي المكتوب إليه رجل مسمى بهذا الاسم، فهل يعديه القاضي المكتوب إليه في ماله ؟ اي يسلط الطالبَ على هذا الشخص المسمى بهذا الاسم، ويقول له : إن شئت النجاة لنفسك فاثبت أن هنا في البلد من يمسى بهذا الاسم غيرك، أو لا يعديه القاضي، ولا يسلطه عليه اصلا حتى يثبت الطالب إنه ليس في البلد من يسمى بهذا الاسم إلا هو، قولان من غير ترجيح، وبالضرورة إنه لا مناسبة بين كلام المختصر هذا مع هذه النازلة، لأن محله إذا وجد المكتوب به بعينه في بلد القاضي المكتوب إليه، والمدعى عليها هاهنا غير المدمَّى عليها، إذ المدمَّى عليها عائشة شواطة بأولاد ابن

طلحة، والمقبوضة في السجن عائشة الغير شواطة، ولم تصل قط لأولاد ابن طلحة، والله أعلم بالصواب. قاله وكتبه نائبا عن القاضي المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن تدمية، وهي رجل قال العدلين إن امرأته فلانة، قربت له طعاما ولحما، فأكله قبل تاريخه بخمسة أيام، ومن ذلك الوقت صحبه وجع في بطنه مع القيء، وانقطع أكله إلى الآن، وإن أمها فلانة هي التي جاءتها بذلك لكون زوجته لا تخرج، فإن قدر الله بموته فهما المؤاخذتان به الخ... حضر الطبيبان فلان وفلان، وذكر أنهما قلباه. فألفيا به السم الخ... ثم ان القاضي سجن المرأتين وطلبتا حكم الشرع.

فأجبت ، الحمد لله، التدمية اعلاه بيضاء والعمل بإلغائها كما هو معلوم، إذ ليس فيها دم ولا اثر ضرب، وكل تدمية خلت من ذلك، وكانت بمجرد قول المدمى، فهي بيضاء، والزرقاني ألحقَ أثر السم بالتدمية الحمراء، ولكن العمل بخلافه كما ياتي. وأما قول من قال : هي حمراء مستدلا بكلام الزرقاني، فغير جيد، لأن العمل بخلافه، وذلك أن الحمراء هي التي فيها جرح أو اثر ضرب لا غير، وكذا استدلاله على أنها حمراء بما نقله الرهوني عن ابن يونس من قوله : قال أصبغ : من قربت اليه امرأته طعاما فأكله، فتقيأ مكانه أمعاءه، فلما أيقن بالموت من ساعته، أشهد أن به امرأته وخالتها، ثم مات، إلى أن قال في آخره : فإذا ثبت قول الذي تقيأ أمعاءه بشاهدين، فليقسم ولاته الخ... غير صواب أيضا، لأن كلام ابن يونس في التدمية البيضاء كما ذكره الرهوني مقويا به كلام ابن مرزوق عند قول المتن : إن كان به جرح بعد نقله كلام الباجي وابن مرزوق، ثم تعقبه بما نقله عن أبي الحسن من أن العمل بخلافه، ويدل على ذلك أيضا أن ابن يونس قال : كما يكتفى بقوله فلان قتلني، وإن لم يكن به أثر جرح ولا ضرب ولا وصف ضربا الخ... فبالضرورة أن هذه بيضاء، وعلى تسليم أنها حمراء فبينها وبين نازلة السؤال بوْن، لقوله فيها : فتقيأ فيها مكانه أمعاءه. فلما أيقن بالموت من ساعته الخ... إذ ليس في نازلة السؤال أنه تقيأ أمعاءه أصلا، ولا أنه مات من ساعته، بل لم يدم إلا بعد خمسة أيام من الأكل، ولم يمت إلا بعد أيام من زمن

التدمية، وكذلك قوله : لا بد من سجن المرأتين بالحديد الخ... كأنه يعتقد أن سجن المدعى في الحديد أمر تعبدي، مع أنه معقول المعنى، وهو خشية هروب الجاني، فإذا أمن من الهروب كما هنا، سقط. ففي المعيار ما نصه : إن كان المدمى عليه مريضا، سجن في البلد الذي هو فيه دون حديد، لأن الحديد إنما يجعل له لئلا يفر، والمرض قيد له في الفرار. (هـ).

هذا وإن التدمية على الأم لا تصح بحال إذ لم يقل المدمى : إنها قتلته ولا ضربته، ولا سقته سما. وإنما قال في تدميته : هي التي جاءت بذلك لابنتها لكونها لا تخرج الخ... وهذا غير كاف، وإلا لزم قتل بائع السم لها أيضا. تأمله. وأيضا لا يلزم من كون امرأته لا تخرج أن تكون أمها هي التي أتتها به، بل يحتمل أن تكون هي أو غيرها، وما احتمل واحتمل، سقط. وقد ذكر الشهاب القرافي قاعدة في الفرق العاشر من فروقه، وقال : إنها مجمع عليها، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه. (هـ). ومثله في المعيار، ونقله الرهوني وأبو علي في الارتفاق محتجين به. وأيضا قد شهد في المرأتين بالحيارة والدين أزيد من مائة رجل وعدلين، وذلك مما يبعد دعوى المدعى عليهما بالدم. ففي الدر النثير والمعيار أيضا ناقلا عن البيان ما نصه : قال في السماع **وسئل** عن امرأة نزل بها رجل فمات فجأة فاتهمت به، فجاء وليه يسأل عن ذلك ويتهمها. وقال : إني اتهمتها من وجه لا استطيع بثه. فقال مالك : أرى أن يكشف أمرها، فإن كانت غير متهمة لم أر أن تحبس ولو يوما واحدا، ويخلى سبيلها، فقيل له : أتهدد؟ قال : لا أرى ذلك إن كانت غير متهمة. (هـ).

وسئل ابن خجو كما في نوازل العلمي عمن قتل زوجته وفر، فتعلق أولياؤها بالضامن، واتهموا ثلاثة رجال أُخَر أنهم أمروا القاتل بالقتل.

فأجاب والمدعى عليهم بالأمر إن قامت عليهم بينة مقبولة، نكلوا النكال الشديد وإن لم تقم عليهم بينة بذلك، فلا يمين عليهم، ولا يحكم باليمين في مثل هذه إلا مبتدع. (هـ). وقال القلشاني على قول الرسالة : وإنما تجب القَسامة بقول

الميت : دمي عند فلان. ما نصه : يعني سواء كان المدعى عليه ممن يليق به ذلك أم لا، خلافا لمن فرق، وهو الصواب، لأن مبنى المسألة على اعتبار القرائن، وهي دالة هنا على كذب المدعي. (هـ).

وقال ابن عرفة : إن رمى بذلك أصلح أهل بلده ممن لا يتهم، فأكثر أصحاب مالك على قبول قوله. وقال ابن عبد الحكم : لا أقول في ذلك بقول ابن القاسم، ولا أرى قبول قوله. قال ابن سهل : ترك يحيى ابن عبد الله في العمل بقول ابن القاسم وغيره في هذا، وصار إلى قول ابن عبد الحكم. إلى أن قال : وقال اللخمي : قول ابن عبد الحكم صواب. (هـ). من شرح سيدي عمر الفاسي على التحفة، فأنت ترى هذا القول رجحه اللخمي والقلشاني ويحيى ابن عبد الله. وقد ذكر شراح المختصر في الخطبة؛ أن التشهير كما يكون بلفظه يكون بلفظ الترجيح أو الاستظهار أو الاختيار أو نحو ذلك، وعليه فهذا القول بسقوط التدمية على من لا تليق به، مشهور عند جماعة، سيما وهؤلاء الشهود لكثرتهم هنا جدا، يستحيل عادة تواطؤهم على الكذب، وفيما سطر المفتي أعلاه أعظم كفاية، وإنما ذكرنا هذا تأييدا له، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

ثم كتبت فيها تقييدا نصه : بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه، وبعد : فالحكم الصادر بقتل المرأة بعد القسامة، وبسجن أمها عاما كاملا، وضربها مائة سوط الخ... ليس في مركزه، ففي حاشية الرهوني على قول المختصر : إن كان به جرح الخ... بعد أن ذكر ما قاله المصنف أي من اشتراط الجرح عزاه المتيطي لابن القاسم، وبه العمل وانضم إلى ذلك، أن ما قال : إنه قول ابن القاسم هو اختيار المحققين، كابن رشد، واللخمي، وعبد الحميد الصائغ، ما نصه : تعقب ابن مرزوق ما قاله المتيطي من أنه قول ابن القاسم. فقال : لم أقف عليه في العتبية لابن القاسم، وإنما هو في العتبية من قول ابن كنانة. ثم قال آخر كلامه : ظهر لك من الأنقال أن القائل : إنه لا يقسم مع قول الميت إلا إن كان جرح أو أثر ضرب، هو ابن كنانة، وإن مالكا وابن

القاسم وأصبغ قالوا بالقسامة، فكلام المصنف ومن وافقه من الموثقين، إنما هو فتوى بمذهب ابن كنانة، واختيار اللخمي وابن رشد الخ...

فتحصل من كلامه أن المصنف مر على قول ابن كنانة، وأنه المعمول به، ونحوه، قول جسوس : ما مشى عليه خليل هو قول ابن كنانة، واختاره ابن رشد، واللخمي، ولذلك اعتمده، ومقابل ما مشى عليه، قال ابن مرزوق هو الذي ينبغي للمقلد أن يفتي به الخ... وعليه، فالتدمية بالسم ملغاة، لأن ابن كنانة لا يقول بها. قال أبو حفص الفاسي في شرح التحفة : قلت في آخر سماع عيسى، **سئل** ابن كنانة عمن قال لرجال : إشهدوا أن فلانا سقاني سما، وهو في جوفي، إن مت فدمي عنده. قال : لا قسامة في مثل هذا إلّا من الضرب المشهود عليه، والآثار البينة من الجرح والضرب. (هـ). وقال ابن غازي في تكميل التقييد ما نصه : تحرير في آخر سماع عيسى من كتاب الديات. **سئل** ابن كنانة عن رجل ادعى أن رجلا سقاه سما، وأشهد على ذلك رجالا وقال لهم : إشهدوا أن فلانا سقاني سما وهو في جوفي، فإن مت فدمي عنده، هل تكون القسامة في ذلك؟ قال لا تكون القسامة في مثل هذا إلا في الضرب المشهود عليه، والآثار البينة من الجراح أو الضرب (هـ).

وقال القلشاني في شرح الرسالة :

سئل ابن كنانة عن قال لرجل؛ إشهد أن فلانا سقاني سما، وهو في جوفي، إن مت فدمي عنده. فقال : لا قسامة في مثل هذا إلا في الضرب المشهود عليه، والآثار البينة من الجراح أو الضرب. (هـ).

وقال الرهوني في حواشيه : كلام المتيطي ربما يوهم أنه لا يعمل بذلك عند ابن كنانة ومن وافقه مطلقا، أي كان أثر أو لا.ونص نهايته : وإذا قال المدمِّي : سقاني فلان سما منه أموت. فمات، فإن ولاته يقسمون على ذلك، ويقتلون المدمى عليه. وقال ابن كنانة وغيره : لا قسامة إلا في الضرب المشهود عليه أو الأثر البين من الضرب والجرح. (هـ). كلام الرهوني.

الحطاب عند قول خليل رحمه الله : أو نكول المدعي على ذي اللوث وحلفه ما نصه : قال ابن رشد في نوازله : إذا كان اللوث بشهود غير عدول، وتعرف جرحتهم أو تتوسم فيهم الجرحة، فلا اختلاف في أنه لا يجب على المشهود عليه بشهادتهم ضرب مائة سوط وسجن عام، وإنما يجب عليه بشهادتهم السجن الطويل، رجاء أن يوجد عليه بينة عدلية. وأما إذا كانوا مجهولين لا يعرفون بجرحة ولا عدالة، فيجب عليه الضرب والسجن. ثم قال : وإن قويت عليه التهمة بما يشبه عليه مما لم يتحقق تحقيقا يوجب القسامة، حبس الحبس الطويل. قال ابن حبيب حتى تتبين براءته أو ياتي عليه السنون الكثيرة. قال مالك : ولقد كان الرجل يحبس في الدم باللطخ والشبهة حتى إن اهله يتمنون له الموت من طول سجنه. (هـ).

وقال ايضا عند قول الشيخ خليل : قتلني فلان ولو خطئا ما نصه بعد كلام طويل : وإذا بطلت التدمية صار المدمى عليه في حكم من قويت عليه التهمة بالدم ولم يوجد عليه بينة، ووجب أن يطول سجنه، وقد حكى عن مالك أن الرجل كان يحبس في الدم باللطخ والشبهة حتى إن أهله يتمنون له الموت من طول سجنه الدهر الطويل. (هـ). وحاصل نازلتنا ان التهمة قوية كما رأيت في النص، وإذا كان كذلك فالمدمَّى عليه لا يخرج من السجن، وهذا كله بين واضح، والله تعالى أعلم وأحكم. وكتبه عبد ربه وأسير ذنبه محمد أحجيج الحسني العمراني الله وليه ومولاه. الحمد لله، وصلى على سيدنا محمد وآله، ما سطره الفقهاء في النازلة أعلاه من أنه لا سبيل إلى تسريح المشهود فيه من السجن، هو الذي يجب المصير إليه، ويقول في الأحكام الشرعية عليه لخطر الدماء وعظمها عند الله، وفي تسريحه من إغراء أهل الفساد، والتعدي على ارتكاب هذا الفعل الذميم شرعا ما لا يخفى، وأقل ما يكون على تسليم الرجوع المذكور أن تقوى بالتهمة، وتحصل الشبهة، فيجب طول الحبس معهما كما صرح به أئمة المذهب رضي الله عنهم. ففي التبصرة الفرحونية ما نصه : ولو قويت التهمة لحبس الحبس الطويل. قال ابن حبيب في الواضحة : عليه الحبس الطويل جدا حتى تتبين براءته أو تاتي عليه

بردلة، فإنه **سئل** عن رجل أكل عنباً فمات وذكر لبعض العدول أن فلانا هو الذي أطعمه ذلك العنب المسموم، وكان إذا سأله الناس يقول لهم شيئا مخافة العواقب، وفلان المذكور متهم بذلك، حتى إن الناس كلهم يعتقدون أنه الفاعل، فهل للاولياء ـــ سيدي ـــ متكلم بذلك أم لا؟

فأجاب بأن التدمية البيضاء لا عمل عليها مع ثبوتها فضلا عن عدم ثبوتها والله اعلم. (هـ)..

وأما قول الرهوني : لكن الجاري به العمل على قول ابن كنانة، ومختار المحققين، والمعمول به، هو ما أفاده كلام الزرقاني. الخ... فمعناه أن ابن كنانة والمحققين حيث اشترطوا في التدمية وجود الأثر الذي هو الجرح أو الضرب، كان الجاري على قولهم أن أثر السم كذلك، ولكن كلام ابن كنانة يوهم أنه لا يعمل بالسم مطلقا، أي كان أثر أم لا، فحاصله أنه يتخرج من اشتراطهم الأثر أعمال التدمية بالسم إذا كان له أثر، ولكن نص ابن كنانة على خلاف هذا التخريج فلا عبرة به.

قلت : لا يعمل به ولو لم ينص ابن كنانة على خلافه لما ذكره الشيخ ميارة وغيره، من شراح التحفة، أن القول المخرج لا يعمل به في قضاء ولا فتيا، وإنما يذكر تفقها وتفننا فقط. (هـ). وذكره شيخ الشيوخ ابن لب، كما نقله ابن عرضون في شهادة السماع بعد أن نقل عنه قولا ونصه : فهو ليس بقول، وإنما هو إلزام في المباحثة ولا تحل به فتيا ولا عمل، وهذا هو الشأن عند الفقهاء في الأقوال المخرجة. إنما هي علمية لا عملية. (هـ). وكذا نص عليه الحطاب، فقال : العمدة عند المالكية في كل مسألة على المنصوص فيها لا على ما يتخرج فيها من الخلاف. (هـ). ونقله الرهوني محتجا به غير ما مرة، وكأن المخالفين التبس عليهم الفرق بين مختار المحققين. والجاري عليه، وبين قول ابن كنانة والجاري عليه، وبين المعمول به والجاري عليه، وذلك خطأ صراح، فإن الجاري على الشيء غيره قطعا، وإنما هو ملحق به ومقيس عليه، وقد علمت أنه لا يعمل به في شيء، على أن ما ذكره الزرقاني من إلحاق أثر السم بالجرح لتنزله منزلته، قد بحث فيه، بأنه لم يذكره

أحد قبله من الشراح سواه. كالمواق، والحطاب، وبهرام، وابن مرزوق، والتتاءي، بل قال ابن سلمون التدمية بغير الجرح ضعيفة. وبأنه خلاف ما اتفق عليه المتأخرون، وجرى به عملهم من قصر التدمية الحمراء على الجرح وأثر الضرب. قال ابن فرحون في تبصرته : وإذا لم يكن بالمدمى اثر جرح أو ضرب، ولم يعرف ضرب المدمى عليه، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم أنه لا يقبل قوله إلا بالبينة على ذلك، أو بأمر بيّن. وقال اصبغ : يقسم مع قوله كان به أثر جرح أو لم يكن. قال المتيطي : وبما تقدم من قول ابن القاسم العمل. (هـ). ونظمه في العمل المطلق فقال :

وقوله ارم حيث لم يوجد به أثر جرح المعتدي أو ضربه

وفي تبصرة ابن فرحون أنه قال : من قال : سقاني فلان سما، ومنه أموت، أقسم على قوله، ووجب القود. وفي آخر سماع عيسى عن ابن القاسم في العتبية : لا قسامة في مثل هذا الا في الضرب المشهود عليه، والآثار البينة من الجراح. وأثر الضرب. (هـ) وفي مجالس المكناسي، فإن قال المدمي : سقاني فلان خمرا، وإن مت فمنه أموت، فمات. قال ابن عبد الرفيع : يقسمون معه. ويقتلون المدمى عليه. وقال ابن لبابة وغيره من المتأخرين : لا قسامة إلا في الضرب المشهود عليه، والأمر البين من الضرب أو الجراح. (هـ). وقال الشيخ أحمد الزرقاني في حواشي المختصر : لا يلحق بالضرب والجرح السم ولو كان له أثر. وقال الشيخ ميارة في شرح التحفة : تدمية المدمِّي وليس به جرح ظاهر يسميها المتأخرون بالتدمية البيضاء إلى أن قال : عن ابن عرفة في هذه المسألة اضطراب. وقال المطيتي : الذي عليه العمل، وبه الحكم، قول ابن القاسم : إنه إذا لم يكن بالمدمي أثر جرح، أو ضرب، إنه لا يقبل قوله على فلان إلا بالبينة على ذلك . (هـ). ونحوه في حاشية العلامة بناني ونصه : التدمية البيضاء لا عبرة بها وهي التي ليس معها جرح ولا ضرب. ابن عرفة. في هذه المسألة اضطراب. وقال المتيطي الذي عليه العمل، وبه الحكم، قول ابن القاسم : إنه إذا لم يكن بالمدمى أثر جرح أو ضرب، إنه لا يقبل قوله إلا بالبينة.الخ... وقال الشيخ التاودي في شرح التحفة على قولها أوَ بمقالة

الجريح.الخ... ما نصه : ومفهومه أن المقالة المذكورة من غير الجريح لا عبرة بها، وهو المعتمد، سياتي ما فيه في التنبيه : اللخمي: واختلف إن قال : قتلني ولا جراح به، وأبين ذلك أن لا يقسم مع قوله إلا أن يعلم أنه كان بينهما قتال. قال المتيطي الذي به العمل، والحكم قول ابن القاسم أنه إذا لم يكن بالمدمي أثر ضرب أو جرح، إنه لا يقبل قوله على فلان، إلا بالبينة على ذلك. (هـ). وقد ذكر الأئمة أن ما انفرد به الزرقاني لا يصح الحكم به، بل والأجاهرة كلهم كذلك.

ففي أجوبة الشيخ المصطفى بعد كلام في مسألة سئل عنها ما نصه : فسؤالك نشأ عن قبولك كل غث وسمين وأخذك إياه باليمين، وليكن الرجل ممن يعرف الحق بنفسه لا بالرجال الى ان قال : ولم ار من ذكر ذلك سوى الخرشي وعبد الباقي، وهما لا يعتد بكلامهما. فإذا سقط الاصل سقط سؤالك المبني عليه، فانصف واعرف. (هـ).

وقال أيضا : وأراك أيها السائل تحتفل بكلام عبد الباقي، وذلك بمعزل عن التحقيق لأن شرحه وشرح الخرشي لا نكترث بهما في بلادناالراشدية، لعدم تحقيقهما، وعمدتهما كلام الاجهوري وهو كثير الخطأ. (هـ).

وقال أبو العباس الهلالي في شرح خطبة المختصر : من الكتب التي لا يعتمد على ما انفردت به شرح الشيخ علي الأجهوري كما ذكره أبو سالم العياشي. ومن مارس الشرح المذكور علم صحة ما قاله أبو سالم المذكور. وما قيل فيه يقال في شرح تلامذته عبد الباقي والشبرخيتي، والخرشي، لأنهم يقلدونه غالبا. (هـ).

ثم قال ـــ أي الهلالي ـــ سئلت بالجامع الأزهر عن شرح الشيخ عبد الباقي الزرقاني، فقلت لهم : لا ينبغي للطالب أن يترك مطالعته لكثرة فوائده، ولا أن يقلده كل ما يقول أو ينقل، لكثرة الغلط في مقاصده. (هـ). وأما الاعتماد على كلام ابن رحال في حاشية التحفة، فلا يصح في هذه النازلة لشدة اضطرابه لانه صحح أولا كلام ميارة نقلا عن المتيطي القائل بإلغاء التدمية التي ليس فيها جرح ولا اثر ضرب. ثم حقق ما تضمنه كلام الزرقاني من التفصيل بين الاثر وعدمه ثم رجح ما قاله ابن مرزوق من أعمال التدمية البيضاء، ثم نقل عن البرزلي أن العمل

بإلغائها، ثم صحح أن المدار على القرائن. الخ... فالاعتماد عليه غرور، تأمله. هذا وإن مخالفة القول المعمول به ولو كان غيره مشهوراً ,لا تجوز بحال لا لمفت ولالقاض،ولا لمحكم، ولو كان لهم بال. قال أبو العباس الهلالي في شرح الخطبة : جرى على السنة كثير من الفقهاء والمفتين، أن ما جرى به العمل مقدم على المشهور. وقال ناظم عمليات فاس :

وما به العمل دون المشهور   مقدم في الاخذ غير مهجور

ووجه تقديم الجاري به العمل على المشهور، مع أن كلا منهما راجح من وجه، أن في الخروج عنه تطرق التهمة إلى الحاكم، فوجب عليه اتباع العمل سدا للذريعة، وهذا في المقلد. الخ...وقال ابن فرحون في التبصرة : كثيرا ما يوجد في كتب الموثقين في المسألة ذات الأقوال، الذي جرى به العمل كذا، ونصوص المتأخرين متواطئة على أن ذلك مما يرجح به القول المعمول به. (هـ). وقال العلامة المحقق السجلماسي، أبو القاسم شارح العملين : المطلق، والفاسي وإذا كان المعمول به راجحا بالعمل. لم يجز للقاضي ولا للمفتي إلعدول عنه إلى غيره، وإن كان مشهورا. قال الشيخ عيسى السجستاني في نوازله، بعد أن وجه العمل الجاري في مسألة ذكرها ما نصه : فإذا اتضح لك توجيه ما به العمل، لزم إجراء الأحكام عليه، لأن مخالفة ما جرى به العمل فتنة وفساد كبير. وقال المجاصي في أجوبته : وخروج القاضي عن عمل بلده ريبة قادحة فيه.(هـ). وأيضا لا بد من الإعذار لمن توجه عليه الحكم، هل له ما يسقطه أو لا؟ فيعجز عن معارضته وحينئذ يحكم عليه. قال في المختصر : (وأعذر بالغيب لك حجة). قال الشيخ التاودي في شرح التحفة : فإن حكم اي القاضي بدون اعذار، فالحكم باطل عند أهل المذهب، وينقض، لأنه شرط صحة فيه، كما قاله أبو الحسن في أجوبته. وقال ابن عبد السلام : المشهور أن الحكم بلا إعذار باطل، والإعذار واجب على كل حال. الخ... هذا في المال، فما بالك به في الدماء التي ينبغي الاعتناء بها أكثر من الأموال، لأنها آكد الضروريات الخمس التي أجمعت الملل كلها على مراعاتها بعد حفظ الدين، وهي حفظ الأديان، والنفوس، والعقول، والأعراض، والأموال. ففي

الصحيحين : (أول ما يقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء). وعليه فالواجب تمكين المرأتين من الإعذار لهما، ليظهرا لهما حجة أم لا. وأما حبس وكيلهما في السجن، وإزالة رسومهما من تحت يده، والبحث عمن شهد لهما، ليزال من مرتبة الشهادة، أو يسجن أو يؤدب، حتى صار كل من شهد لهما ينكر شهادته ويتبرأ منها، فليس من الإعذار في شيء، بل هو من الباطل الذي ينهى عنه ولا يحل السكوت عنه. وأيضا : قد اختلف علماء العصر في هذه النازلة اختلافا كثيرا. وقد قال ﷺ : (ادرءوا الحدود بالشبهات). ولا شك أن اختلاف العلماء شبهة، كما نص عليه اللخمي، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني الحسني العمراني، لطف الله به. (هـ).

ولما وجهت هذا التقييد للوزير، أجابني رحمه الله بهذا :

الحمد لله، محبنا الأرضى الفقيه الأجل المرتضى السيد المهدي الوزاني أمَّنَك الله، وسلام عليك ورحمة الله، عن خير سيدنا نصره الله، وبعد : فقد وصل كتابك ومعه التقييدة المتضمنة لما كتبته في قضية تدمية السم، وطالعناها، وألفيناها صحيحة، وفي عين النازلة صريحة، فلله درك من طبيب يضع الهنا موضع الثقب، ونحن بصدد مطالعة علم سيدنا الشريف بها، وفق ما أشرت وعلى المحبة والسلام. علي المسفيوي وفقه الله. (هـ).

الحمد لله، قد تقرر أن كل كلام اشتمل على نفي واستثناء، فمنطوقه نفي الحكم عن كل فرد فرد سوى المذكور ومفهومه إثبات الحكم للمذكور، فإذا قلت لا عالم إلا زيد، فمنطوقه نفي الحكم عن كل فرد سوى زيد، ومفهومه إثباته لزيد. فإذا تمهد هذا فقول ابن مرزوق الذي نقله الرهوني، فقد ظهر لك من الانقال ان القائل:إنه لا يقسم مع قول الميت إلا إن كان جرح، أو أثر ضرب، هو ابن كنانة. (هـ). منطوقه نفي القسامة عن كل ما سوى الجرح والضرب، ومفهومه إثبات القسامة لهما، وجزما أن السم مطلقا ليس بجرح ولا ضرب، فهو مما يصدق عليه انه غيرهما، فبان بهذا أنه لا قسامة في السم مطلقا عند ابن كنانة. وقول المتيطي في نهايته الذي نقله الرهوني أيضا بعد أن قرر المشهور، ان السم مطلقا

فيه القسامة. قال : وقال ابن كنانة وغيره : لا قسامة إلا في الضرب المشهود عليه، أو الأثر البين من الضرب والجرح. (هـ). كلام اشتمل على نفي واستثناء، جاء به في مقابلة المشهور القائل بالقسامة في السم مطلقا، أنه منطوقه انه لا قسامة في كل فرد فرد، سوى الامور الثلاثة، الضرب الثابت بالشهادة، والضرب، والجرح، ومفهومه، القسامة في كل واحد من الثلاثة، فبان لك أنه لا قسامة في السم مطلقا عند ابن كنانة، وأنه مأخوذ من كلام ابن كنانة بالمنطوق. فقول الرهوني في كلام المتيطي : ربما يوهم كلمة تمجها الأسماع إذ لا تصدر ممن يعلم أن منطوق الكلام المشتمل على النفي والاستثناء، هو نفي الحكم عن كل ما سوى المذكور، وأن مفهومه اثبات الحكم للمذكور، والكمال إنما هو لله سبحانه. فإذا تمهد هذا فقول الرهوني، حيث تكلم على قول الزرقاني أو سم أي أثر سم، ومفهومه إن لم يكن أثر سم لا يعمل بقوله وهو مخالف لما قدمنا، الخ... يعني أنه مخالف للمشهور القائل بالقسامة في السم مطلقا يؤذن بأن المنطوق موافق للمشهور، وفيه أن المصنف لم يمش على المشهور، وإنما مشى على قول ابن كنانة المعمول به، فلا معنى لادخال أثر السم في منطوق المصنف.

فـإن **قلت** انه موافق للمشهور، ولقول ابن كنانة **يجاب** بأن ابن كنانة لا يقول بالقسامة في السم مطلقا على ما قررناه في كلام ابن مرزوق، وكلام المتيطي، وكما اعترف به الرهوني نفسه آخرا حيث قال : بل كلام المتيطي ربما يوهم أنه لا يعمل بذلك، أي بالسم عند ابن كنانة، ومن وافقه مطلقا. (هـ). من خط شيخنا العلامة المحقق القاضي بمكناس سيدي احمد بن سودة أطال الله بقاءه.

الحمد لله وحده، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه، وبعد، فقد صح(1) ان النبي ﷺ قال : «من أعان على إراقة دم امرىء مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة وبين عينيه آيس من رحمة الله»، أو كما قال : وجاء عنه ﷺ : «ادرءوا الحدود بالشبهات». وقد قال الإمام ابن عبد السلام في أحد اقسام

1) بل لم يصح كما تقدم أول الباب

اللوت التي ذكرها الفقهاء، كابن الحاج وغيره الذي هو قول الميت وهو مريض، دمي عند فلان. إلخ... هذا أضعفها لأنه يشتمل على قبول دعوى المدعي من غير بينة أو بينة ضعيفة. وقد علم أن الدماء أعظم حرمة من الأموال، ولا يقبل قول المدعي فيها سواء كانت كثيرة أو قليلة، فكيف يقبل قول مدعي القتل بهذه الحجة الضعيفة. وفي الصحيح من حديث ابن عباس رضي الله عنهما : «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، لكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه». وكل ما يحاوله المذهب في هذه المسألة من الحجج ضعيف، ولا أعلم من وافق الإمام على قوله في قبول قول المقتول : قتلني فلان سوى الليث، وجمهور العلماء على خلافه، هكذا حكى بعض كبار شيوخ المذهب. (هـ). وقال البساطي : وقد أكثر الناس التشنيع على المالكية في هذه المسألة، وأكثر تشنيعهم على قبول قول المدعى من غير بينة. الخ...

وأجاب البساطي والفاكهاني عن المذهب وأهله بما يعلم بالوقوف عليه، فإذا كانت التدمية الحمراء المتفق عليها عند اهل المذهب قد علمت ما قيل فيها، فلأن تلغى البيضاء عند من يخاف الله أحرى وأولى، وإن نسب الشيخ العلامة ابن رحال والشيخ العلامة ابن مرزوق كما عند الشيخ التسولي قبولها إلى المذهب، والراجح إلى آخر ما فيه، فانظره. وأما السم إذا ظهر أثره فهل هو من قبيل الجرح أو الضرب الذي قال به ابن كنانة، فيكون من الحمراء، وقد صرح به الزرقاني والشيخ التاودي ومحشيه، بل رجع عنه كما يأتي في التنبيه، العلامة الوزاني والتسولي في تقريب كلام المتحف، وفي الوثيقة التي عقدها الشيخ التسولي بعد، وما قاله القلشاني في التنبيه الثالث من سؤال ابن كنانة، إلى أن قال فيه : أو انه سقاه سما فمات منه ولم يظهر بذلك أثر. إلى أن قال : وقال أصبغ : تجب القسامة. إلخ.. فيقتضي بمفهوم قوله : ولم يظهر بذلك أثر، أن السم كالجرح والضرب على هذا القول المنسوب لأصبغ، أو هو من قبيل البيضاء وهو عند مقتضى نصوص الأقدمين، فالأسلم لدين الإنسان أن يقف عند نصوص المتقدمين احتياطا للسلامة، ولا سيما الواقف على ما قاله ابن عبد السلام آنفا وان أجاب اهل

المذهب عنه هذا ما تحرر عند كاتبه راداً العلم إلى الله سبحانه، المفضل السوسي لطف الله به آمين.

الحمد لله حق حمده، والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه، وبعد ما وقف كاتبه عامله الله بلطفه على كلام ابن هارون في اختصاره، وابن فرحون في تبصرته وابن سلمون في وثائقه، وابن أبي زيد في رسالته، وأبي الحسن في تحقيقه، والشيخ خليل في مختصره، وبهرام في شامله، وفي شرحه الصغير، والتتائي في صغير شروحه، والشيخ أحمد الزرقاني في حاشيته. والمواق في شرحه، والشيخ عبد الباقي في شرحه، والشيخ بناني في حاشيته، والعلامة الرهوني في حاشيته، وابن عاصم في تحفته وولده في شرحه، والشيخ ميارة في شرحه، والشيخ التاودي في شرحه والمكناسي في مجالسه، والعشماوي (1)في نظمه وشرحه، وكلهم تكلموا على مسألة التدمية وأمعن النظر فيها، فيها، تحصل عنده مما دل عليه كلامهم في قضية تدمية الورياجلي على زوجه المذكورة بمحول يمنته أنه لا قسامة فيها ولا قود. وبيان ذلك ان عندنا مقاييس :

أحدهما هل تقبل التدمية مطلقا كان معها جرح أو أثر أو ضرب، أو لم يكن شيء من ذلك أو لا تقبل إلا إذا كان معها جرح أو اثر ضرب، أما اذا كانت بيضاء، وهي الخالية من الجرح والضرب فإنها لا تقبل.

وجوابه : أن التدمية البيضاء، وهي التي ليس معها جرح ولا ضرب كما قاله الشيخ بناني، لا عبرة بها ولا عمل عليها. لقول المتيطي الذي عليه العمل به الحكم قول ابن القاسم، انه إذا لم يكن بالمدمى في أثر جرح أو ضرب، إنه لا يقبل قوله على فلان إلا بالبينة على ذلك، هكذا في اختصار ابن هارون، وفي نقل غير واحد عنه زاد العلامة الرهوني اثر نقله ما نصه : وانضم إلى هذا أن ما قال إنه قول ابن القاسم هو اختيار المحققين كابن رشد واللخمي، وعبد الحميد الصائغ.

---

1) هو شارح العمل الفاسي والمطلق نسبة إلى عائشة أمه أو جدته وهو ناظم العمل المطلق أيضا.

ثم نقل عن ابن مرزوق اعتراض نسبة المتيطي القول الذي جرى به العمل لابن القاسم قائلا : إنما هو قول ابن كنانة لا قول ابن القاسم. وأن ابن القاسم يقول بالقسامة إذا لم يكن جرح أو ضرب كقول مالك واصبغ، وإن كلام المصنف ومن وافقه إنما هو فتوى بمذهب ابن كنانة، واختيار اللخمي وابن رشد. (هـ). ويأتي في كلام ابن سلمون ما يوافقه، ثم ذكر الرهوني عن ابن مرزوق ايضا انه اختار القسامة في التدمية البيضاء، وأيد اختياره بكلام الباجي وابن يونس. ثم قال، لكن قد رأيت قول المتيطي أن ما اعتمده المصنف، به القضاء والحكم، وسلمه له غير واحد بل كلام أبي الحسن يفيد أنه لم ينفرد بذلك المتيطي، ثم ساق نصه، فانظره. فظهر من مجموع كلام الشيخ الرهوني أن ما سلكه المصنف هو قول ابن كنانة، وأنه الذي جرى به العمل والحكم، وأن ما اختاره ابن مرزوق وإن أيده كلام الباجي خلاف المعمول به، ولا شك أن الأحكام إنما تدور مع ما جرى به العمل لا مع غيره، وإن كان مشهورا قويا.

المقام الثاني : هل التدمية بشرب السم ملحقة بالتدمية البيضاء، فلا تقبل أو بغيرها فتقبل؟

وجوابه : أنها ملحقة بالتدمية البيضاء فلا قسامة فيها ولا قود، لتصريح ابن كنانة الذي جرى العمل والحكم بقوله بالنص عليها بخصوصها. قال ابن هارون في اختصار المتيطية ما نصه : مسألة : وإذا قال المدمي سقاني فلان سماً، ومنه أموت فمات، فإن وُلاته يقسمون على ذلك، ويقتلون المدعى عليه. قال ابن كنانة وغيره : لا قسامة إلا في الضرب المشهود عليه، أو الأثر البين من الضرب والجراح ثم انتهى منه بلفظه. وقال ابن سلمون : الثالث أن يقول دمي عند فلان، وليس به جرح ظاهر. فروى أبو زيد عن ابن القاسم وعيسى عنه فيمن ادعى ركضا في جوفه ودمّى على رجل انه يسجن بهذه التدمية في حياة المدمي وبعد موته يقسم عليه. وقال ابن كنانة لا يسجن في حياته ولا بعد موته. وذكر ابن العطار في وثائقه : أنه يسجن بعد الموت، ولا يسجن في الحياة. وهذا قول بين القولين. والتدمية بغير جرح ضعيفة جدا. (هـ). منه بلفظه. وقال المكناسي في مجالسه قال

اصبغ : من قال فلان سقاني سماً ومنه أموت ومات، أقسم على قوله ووجب القود. وفي آخر سماع عيسى : لا قسامة في مثل هذا إلا في الضرب المشهود عليه، وآثار الضرب. (هـ). منه بلفظه. وقال الشيخ احمد الزرقاني قوله : أو اقرار المقتول، اي بجرح أو ضرب، فإذا شهد على إقراره بأنه جرحه فلا بد أن يكون هناك جرح يدل على صدقه، وإن شهد على إقراره بأنه ضربه، ففي كلام بعض الشيوخ ما يدل على أنه لا بد من وجود أثر الضرب وإلا فلا عبرة بذلك. فإن قيل : إذا كان الضرب يكتفي بوجود أثره، ولا يشترط أن يكون جرح، فلم لم يكن قول المقتول : قتلني بالسم. كذلك إذا ظهر أثره كالضرب.

فالجواب : إن السم قد يكون وقوعه منه بأن استعمله من غير قصد، وأسنده لمن ذكر لاعتقاده أنه منه بخلاف الضرب، فإن الغالب أن لا يفعله بنفسه وكونه من الغير، وأسنده لمن ذكر خلاف الطاهر والله أعلم. (هـ). منه بلفظه. وبما ذكر كله، يتبين أن إلحاق الشيخ عبد الباقي السم بالجرح، والضرب مخالف لقول ابن كنانة الذي تقرر انه الذي جرى به العمل، وأنه الذي سلك المصنف. فتقرير المصنف به إخراج له عما سلكه من مذهب ابن كنانة كما هو ظاهر. وهذا هو الدي أفاده العلامة الرهوني أخيرا من قوله، بل كلام المتيطي بما يوهم. الخ... وأولا من قوله : لكن قد رأيت قول المتيطي أن ما اعتمده المصنف به القضاء والحكم، فنبين من جميع ما ذكرنا أن قضية الورياجلي مع زوجه من التدمية البيضاء، وأنها لا قسامة فيها ولا قود، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل. وكتب مسلّماً على من يقف عليه عبيد ربه الفضيل الفاطمي الشبيهي كان الله له وليا. (هـ).

وأجاب أيضاً الشريف الطاهر النائب في الأحكام الشرعية بمكناس، فقال بعد كلام ما نصه : والقول بإلغاء التدمية البيضاء وعدم قبولها على ما به القضاء والحكم لابن كنانة، وعزاه في التبصرة أيضا لمحمد بن عبد الحكم، بل وعزاه الدسوقي في حواشيه للمشهور، ونصه : وأما التدمية البيضاء، أي وهي التي ليس

معها جرح ولا أثر ضرب : فالمشهور عدم قبولها، فإذا قال الميت في حال مرضه وليس به جرح ولا اثر ضرب، قتلني فلان أو دمي عند فلان، فلا يقبل قوله إلا بالبنية على ذلك على المشهور. (هـ). ثم قال : والتدمية البيضاء هي التي ليس معها جرح، ولا ضرب، كما في حاشية بناني. (هـ). وتقدم نحوه عن الدسوقي، ولا يرتاب في صدق هذا التعريف على مسألة السم. وأما جعل العلامة الزرقاني السم بمنزلة الجرح فهو حمل للمصنف على خلاف ما اعتمده من تحول ابن كنانة الذي هو مختار المحققين، وفيما نقله الشيخ بناني على المتيطي ما يشير إلى الانتقاد عليه في ذلك. وما قاله الرهوني من أن قول الزرقاني : أو سم عطف على ضرب، أي أو أثر سم، ومفهومه إن لم يكن أثر سم لا يعمل بقوله... الخ. فلا خفاء انه يرده ما نقله هو على المتيطي لأنه يفيد أنه لا يعمل بذلك عند ابن كنانة ومن وافقه مطلقاً، كان للسم أثر أو لا، كما قاله هو رحمه الله، فلا وجه لتوقفه هنا، وبه يعلم ايضا ما في قوله، لكن الجاري على قول ابن كنانة، ومختار المحققين، والمعمول به، هو ما أفاده الزرقاني. الخ... لما علمت من أنه غير جار عليه، والكمال لله تعالى، ومع هذا فإن الرهوني معترف بأن ما أفاده المصنف، به القضاء والحكم، قائلا : وسلمه له غير واحد، قالوا : وعليه العمل. الخ.... وبه يعلم أن زيادة الزرقاني السم، لا معول عليها إلى أن قال : وإذا تحرر لديك هذا علمت أن الإفتاء بقتل الزوجة وحبس والدتها سنة، وضربها مائة، محض تحكم وافتيات على الشريعة المطهرة، وخطأ صراح إذ لم يقل به أحد من أهل العلم، لأنه على ما به العمل والحكم من قول ابن كنانة فلا قسامة ولا قود إلى أن قال : فعلم أن الإفتاء بما ذكر إنما هو مجرد رأي بمعزل عن الصواب. كيف والدماء خطرها عظيم، ومولانا رسول الله ﷺ يقول : (من أعان على قتل امرىء مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة بين عينيه، آيس من رحمة الله تعالى). أو كما قال ﷺ نسأل الله السلامة والعافية في الدين والدنيا والآخرة وأن يغفر لنا ولجميع المسلمين آمين. وكتبه أفقر الورى إلى مولاه محمد بن عبد السلام الطاهري، عامله الله بعفوه ورضاه آمين. **وكتب** عليها بالموافقة أناس كثيرون لا حاجة للتطويل بهم.

تنبيه : تبع الشيخ التاودي في شرح التحفة كلام الزرقاني فقال على قول ابن عاصم، أو بمقالة الجريح ما نصه : أي من به جرح أو اثر ضرب أو سم. الخ... وتبعته أيضا في حاشيتها ظنا مني أنه موافق لابن كنانة، ولما وقعت المسألة وكثر فيها الخوض، وتتبعنا طرقها في غير ما موضع، وجدناه مخالفا له، فرجعت عن ذلك وأفتيت بما تقدم.

وأما قول التسولي في شرحه، وفهم من قوله الجريح أن مقالة الذي لا أثر جرح فيه ولا أثر ضرب، ولا أنه يتقيأ سما، أو يتنخم دما، لا تقبل، وهو كذلك على العمول به. كما في المتيطية وغيرها، لأنها تدمية بيضاء، واعتمده خليل فقال : (إن كان به جرح). (هـ). فغلط منه لأن محل العمل عند المتيطي هو نفي الجرح وأثر الضرب فقط، وليس فيه ما نسبه له من زيادته عدم تقيء السم وعدم تنخم الدم، بل هذه الزيادة ليست بصحيحة بدليل كلامه. ونصه في نهايته. وإذا قال المدمي : سقاني فلان سما منه أموت فمات، فإن ولاته يقسمون على ذلك ويقتلون المدمى عليه. وقال ابن كنانة وغيره : لا قسامة إلا في الضرب المشهود عليه أو الأثر البين من الضرب والجرح. (هـ) بلفظه، ومثله في الاختصار لابن هارون، وهكذا نقله غير واحد، وليس مراد المتيطي بنفي أثر الجرح والضرب نفي كل اثر ظاهر، فيكون من نفي الأخص وإرادة الأعم كما توهم، لأن طلاق الأخص وإرادة الاعم مجاز، وهو إنما يرتكب عند قصد مطابقة المقامات، ورعاية مقتضيات الاحوال، لتوفى البلاغة حقها، وهذا بمعزل عن كلام الفقهاء، لانهم في مقام البيان للناس، فكلامهم مبني على تحكيم الألفاظ واعمال معانيها الوضعية. قال في نوازل معاوضات المعيار : إن الإنسان يؤاخذ فيما بينه وبين المخلوقين بظاهر لفظه. وقال أبو الحسن : لو سومح لكل متكلم صرف لفظه عن ظاهره، لم يوثق بإقرار مقر ولا عقد عاقد.الخ... وفي المختصر المبين لما به الفتوى تبعا لاهل المذهب : يؤاخذ المكلف بلا حجر. بإقراره أي باللفظ أو بالكتابة. وأيضا لا حاجة الى هذا التأويل ولا داعي إليه، وكل من تعرض للعمل المذكور لم يتأوله بشيء. وأما كلام ابن رحال. فلا حاجة فيه، لأنه مضطرب غاية كما قدمناه، فالاحتجاج ببعضه فقط، وإسقاط بعضه لا يصح، بل

ينقل بتمامه، وينظر هل فيه حجة أو لا؟ فإنه قال على قول ميارة : قال المتيطي : الذي عليه العمل وبه الحكم قول ابن القاسم إنه إذا لم يكن بالمدمي أثر جرح أو ضرب، إنه لا يقبل قوله على فلان، إلا بالبينة على ذلك، وقاله أصبغ. (هـ). ما نصه : قوله : إذا لم يكن بالمدمي أثر، الخ... هذا صحيح، ولكن التحقيق الذي دلت عليه الأنقال الصحيحة. أن من قال دمي عند فلان، أو قال قتلني فلان، وكان به أثر جرح أو ضرب، وما أشبه ذلك، من كونه يتقيأ تقيئاً غير معتاد من سم ادعى أن فلانا سقاه إياه، فهذا يقسم مع قوله ، ولو كان المدمى عليه صالحا، غير أنه إذا كان الجرح أو الأثر قد يفعله الإنسان بنفسه والمدعي من شأنه أن يفعل ذلك، فهذا كالمعاف لا سيما في دعواه على صالح، وإن لم يكن به أثر أصلا، وادعى أن فلانا سقاه سما، ولم يتقيأ على الوصف المذكور، ولا ظهر عليه تغير في بدنه، ولم يثبت أنه ضربه بيده أو برجله مثلا، فإن الضرب كالأثر هنا، فالسلامة من هذا كله هي التدمية البيضاء. قال المتيطي : العمل على عدم اعتبارها، وكلام الموثقين يقتضي أن المذهب هو اعتبار التدمية البيضاء، وأن ذلك هو القوي، وهو مذهب الكتاب، كما صرحوا به هنا، وبعضهم يقول : ظاهر المدونة كصاحب التوضيح وابن كنانة، هو المشترط لوجود الأثر ونحوه، واختاره اللخمي وابن رشد ومالك وأصبغ، وابن القاسم. قالوا بها مطلقا. قال ابن مرزوق : وهو الراجح نقلا ونظرا. قف على آخره. فأنت ترى كلامه مصححا للطرق الثلاث، لأنه صحح أولا العمل الذي قاله المتيطي وتبعه ميارة وغيره. ثم استدركه بأنه خلاف التحقيق من الفرق بين ظهور الأثر وعدمه، ثم تعقبه بكلام الموثقين المقتضي أن المذهب هو إعمال التدمية ولو كانت بيضاء، وأيده بأنه هو القوي. وأنه مذهب الكتاب.

قلت ومع هذا كله لم يحك عن أحد أن العمل الذي حكاه المتيطي تبدل، فانظره. ولذا قال المحقق سيدي يعيش الشاوي على قول التحفة : أو بمقالة الجريح. ما نصه . قلت ظاهر كلام الناظم ان التدمية البيضاء لا عبرة بها، وهو كذلك على ما به الحكم. وجرى به العمل على ما ياتي لميارة نقلا عن

المتيطي. (هـ) وليس في كلام الأبي ما يفيد أن ابن كنانة يعتبر الأثر كيف ما كان، أي يقول باعتبار كل أثر ظاهر ولو سما. ونصه القائل بأعمال التدمية وإن لم يظهر لها أثر. أصبغ : وهو ظاهر إطلاق الروايات، والقائل بإلغائها حتى يظهر الأثر. ابن كنانة : واختاره اللخمي، وابن رشد، وبه العمل.الخ.. قال في قوله الأثر للعهد والمعهود هو الجرح وأثر الضرب بدليل قوله : واختاره اللخمي، وابن رشد، وبه العمل، فإن موضوع العمل مع اختيار الشيخين هو أثر الجرح والضرب. ففي حاشية الرهوني نقلا عن ابن مرزوق أنه قال في آخر كلامه نصه : فقد ظهر لك من الأنقال أن القائل إنه لا يقسم مع قول الميت، إلا إن كان جرح أو أثر ضرب هو ابن كنانة. وإن مالكا وابن القاسم وأصبغ، قالوا بالقسامة مع عدم الأثر كما يقسم مع الشاهد، فكلام المصنف ومن وافقه إنما هو فتوى بمذهب ابن كنانة. واختيار اللخمي، وابن رشد، والراجح من النقل ومن النظر، القسامة، وإن لم يكن أثر، وهو ظاهر المدونة.الخ.. وتقدم محل العمل في كلام المتيطي وأنه الجرح وأثر الضرب لا غير، فالمراد بالأثر في كلام الأبي هو ما ذكر قطعا، ولا يتوهم غيره، ويزيده إيضاحا تبرؤ ابن كنانة من تمدية السم، فكيف ينسب له التفصيل فيها بين الاثر وعدمه، وهو يقول ببطلانها من غير تفصيل. وأما حمل كلام البطوئي المتقدم عن المعيار على عدم ظهور أثر السم، فباطل، لا يصح لوجوه :

أولها ، أن الرجل حيث مات منه، فالغالب أنه كان فيه الأثر ولم يذكره استغناء عنه بذكر الموت.

ثانيها ، إن حمله على ذلك بعيد لا دليل عليه بحال، ولا يقال إنما حمل على ذلك، لعدم ذكره تقيأ أو تنخم الدم أو غيرهما.الخ... لأنا نقول عدم ذكره لذلك، لا يوجب التقييد بعدم الأثر، بل يفيد العموم. كما قلناه، لا التقييد بعدم الأثر تأمله.

ثالثها ، إنه لا حاجة إلى هذا التأويل ولا داعي إليه. وأما ما قاله الزرقاني فلم يسلمه حواشيه كلهم، بل الشيخ التاودي فقط، وذلك أن المسألة فيها ثلاثة

طرق؛ الأولى لابن كنانة، تخصيصها بالجرح، والضرب، فإن خلت منهما معا، فهي البيضاء، وعليها مشى المحشي بناني. الثانية ، الفرق بين ظهور الأثر وعدمه، فإن ظهر فهي الحمراء، وإلا فهي البيضاء، وهي للخمي، وعليها مشى الشيخ التاودي تبعا للزرقاني. الثالثة ، إعمالها مطلقا ولو لم يكن أثر وهي التي رجحها ابن مرزوق، وهي التي اعتمدها الرهوني رحم الله الجميع، تأمله. وظهر بهذا الذي قلناه، أن الزرقاني رحمه الله، خلط إحدى الطريقتين بالأخرى، لأن المصنف مشى على مذاهب ابن كنانة، وهو قرره بطريقة اللخمي. وما ينبغي له ذلك، والكمال لله تعالى. وأما قول الشيخ التاودي في طالع الأماني : التدمية البيضاء، هي التي ليس معها جرح، ولا ضرب، ولا ما يقوم مقامهما، فلا عبرة بها على المعتمد، اللخمي : اختلف إن قال : قتلني عمدا، ولا جراح به، وأبين ذلك أن لا يقسم مع قوله إلا أن يعلم أنه كان بينهما قتال. (هـ). ابن عرفة : في هذه المسألة اضطراب. المتيطي : الذي عليه العمل، وبه الحكم، قول ابن القاسم : إنه إذا لم يكن بالمدمي أثر جرح.أو ضرب، أنه لا يقبل قوله : قتلني فلان بالبينة على ذلك، وقاله أصبغ. (هـ). ومثله قوله في شرح قول التحفة : أو بمقالة الجريح.الخ.. ما نصه. مفهوم قوله : أو بمقالة الجريح، أن المقالة المذكورة من غير الجريح لا عبرة بها، وهو المعتمد. اللخمي : اختلف إن قال : قتلني ولا جراح به وأبين ذلك أن لا يقسم مع قوله إلا أن يعلم أنه كان بينهما قتال. المتيطي : الذي به العمل والحكم قول ابن القاسم : إنه إذا لم يكن بالمدمي اثر ضرب أو جرحولا يقبل قوله على فلان إلا بالبينة على ذلك، وقاله أصبغ. (هـ). ففيه نظر ظاهر، لأنه اعتمد في تفسيرها بما قال على كلام اللخمي زاعما أنه المعتمد، وليس بصحيح، لأنه خلاف قول ابن كنانة المعمول به من تخصيصها بنفي الجرح وأثر الضرب فقط، وخلاف المعتمد من إعمالها مطلقا، وعدم تخصيصها بشيء، ونص اين يونس كما يكتفى بقوله : فلان قتلني، وإن لم يكن به اثر جرح ولا ضرب ولا وصف ضربا. فيقسم على قوله ويقتل به. قاله مالك وجميع أصحابه في العمد والخطأ. (هـ). ونص الباجي ويكتفى بقوله : فلان قتلني وإن لم يكن به أثر جرح ولا ضرب ولا

غيره، وتجب بذلك القسامة، رواه ابن حبيب عن مالك وجميع أصحابه في العمد والخطأ، وكذلك لو قال : سقاني سما فيكون فيه القسامة، ولا يبالي تقيأ منه أو لم يتقيأ. (هـ). وقال ابن مرزوق : الراجح من النقل ومن النظر القسامة، وإن لم يكن أثر، وهو ظاهر المدونة. (هـ). فما قاله الشيخ التاودي تبعا للزرقاني، واللخمي، خلاف الراجح، والمعمول به معا، ومن المعلوم ضرورة الذي لا يخفى على أحد أنه لا يحتج بمرجوح، ولا بمخالف المعمول به. وبهذا يظهر ما في كلام ابي علي ابن رحال في شرحه أيضا، حيث فسرها بما فسرها به الشيخ التاودي أيضا، ونصه : قال كاتبه عفا الله تعالى عنه : الذي يظهر من الأنقال ان منْ دمَّى على غيره بقوله : دمي عند فلان، أو قال : قتلني فلان، وكان به أثر ضرب أو به جرح وما أشبه ذلك، من كونه يتقيأ تقيأ غير معتاد، من سم ادعى أن فلانا سقاه إياه، فهذا يقسم مع قوله، ولو كان المدعى عليه صالحا، غير أنه إذا كان الجرح أو الأثر قد يفعله الإنسان بنفسه، والمدعى من شأنه أن يفعل ذلك بنفسه، فهذا كالمعافى، لا سيما في دعواه على صالح وإن لم يكن به أثر أصلا، أو ادعى ان فلانا سقاه سما، ولم يتقيأ على الوصف المذكور، ولا ظهر عليه تغير في بدنه، ولم يثبت أنه ضربه، فهذه هي التدمية البيضاء، والعمل فيها على عدم اعتبارها. (هـ). فقد علمت أنه غير صحيح لأن ابن كنانة لا يقول بتدمية السم أصلا، والجمهور يقولون باعتبارها مطلقا، ولو لم يكن أثر فتفسيره للتدمية البيضاء بما ذكره إنما هو على قول اللخمي، وقد علمت ما فيه، وكذلك قوله : والعمل فيها على عدم اعتبارها باطل ايضا بالنسبة لتفسيره، وإنما العمل المذكور كما تقدم في كلام غير واحد من الأئمة، إذا فسرت بعدم الجرح وأثر الضرب الذي هو قول ابن كنانة، وأما ان فسرت بما ذكره، فلم يجر بها عمل، والعرب بالباب، فمن ادعى صحته فلينقله، ولو عن واحد من الأئمة. وأما المرأة المدمى عليها فلا تسجن السجن الطويل كما قيل، لشهادة عدلين، وأكثر من مائة من اللفيف بخيارتها وديانتها، وذلك مما يبعد دعوى المدعى عليها بالدم وتقدم ان من عرف بالحيازة لا يسجن ولو يوما. تأمله. وأما قول بعضهم ان المدار على التدمية وقد دمى على المرأتين في هذه المسألة. وفي ابن يونس من قربت اليه امرأته طعاما فأكله فتقيأ أمعاءه، فأشهد ان

به امرأته وخالتها فلانة، ثم مات، إن ولاته يقسمون على إحداهما، وتقتل، ولا ينفع المرأة قولها : خالتي أتتني به، وتضرب الأخرى مائة وتسجن عاما. (هـ). فموضوعه أن المرأة هي المباشرة لتقديم الطعام فقط وحدها، ومع ذلك لما دمي عليها وعلى خالتها قبلت تدميته عليهما معا، والأم هنا أحرى لتصريحه بجلبها السم. (هـ). فباطل لما قدمناه من الفرق بينهما من غير ما وجه، ويزاد أن في مسألة ابن يونس لم يذكر علة للتدمية على الخالة، وفي النازلة علل التدمية على الأم بكون امرأته لا تخرج، فأوجب ذلك التعليل الشك في الأم هل تسببت أم لا؟ لاحتمال ان امرأته خرجت ولو للحمام واشترت السم ولاحتمال أن امرأة أخرى غير الأم هي التي اشترته، والله أعلم. قيده عبد ربه تعالى المهدي، لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن تدمية

فأجبت : الحمد لله، التدمية أعلاه باطلة لا عبرة بها، لعدم تعرض شهيديها لكون المدمي وقت التدمية مميزا عاقلا، وقد أطبقت عباراتهم على أن ذلك لا بد منه فيها. قال في التحفة :

يشهد عدلان على اعترافه وصفة التمييز من أوصافه

أي لا بد أن يكون مميزا، لإخراج من كان إذ ذاك، أي وقت قوله المذكور، لا يميز من شدة المرض ولا يضبط أحواله، ولذلك قال بعضهم : لعل المصنف أراد به أن لا يكون غمره الجرح.الخ... وقال الزرقاني على قول المختصر : كأن يقول (بالغ). الخ... ما نصه : وشرط البالغ العقل كما يشعر به. يقول : إذ المجنون لا يتأتى منه قول معتبر شرعا.الخ... وقال ابن سلمون أيضاً ما نصه : شهد على المدمي فلان بما فيه عنه من أشهده به، وهو بحال شكاية بسبب ما ذكر في صحة من عقله، وميزه جائز الفعل وعرفه.الخ... وقال ابن عرضون في اللائق ما نصه : وأشهد به ــ أي المدمي ــ في صحة عقله وثبات ذهنه، ومرض جسمه، من ألم الجراح المذكورة، وبحال الجواز والطوع وعرفه.الخ.. وقال في البهجة أيضا : إشهادا

صحيحا عارفا قدره، وهو في صحة عقله، وثبات ميزه، ومرض من الم الجرح وطوع، وجواز، وعرفه.الخ...

وإذا تقرر هذا، ظهر أن تلك التدمية لا توجب شيئا لنقصانها، ولا يقال هو أي المدمي، محمول على ثبات العقل.الخ... خلافا لمن وهم، لأن هذا في الصحيح، وأما المريض مرض الموت كما هنا، فالغالب عليه عدم الثبات في ذهنه، كما هو مشاهد، والحمل على الغالب واجب، وحيث كانت التدمية المشار إليها على الرجلين المذكورين باطلة كما قررناه، فالواجب شرعاً تسريحهما من السجن، لأنه لم يبق عليهما إلا مجرد الدعوى، فيجري أمرهما على ما قاله الجزيري في المقصد المحمود ونصه : إن كان المدعى عليه — أي بالدم — ممن تلحقه الظنة والتهمة سجن ثلاثين يوما، فإن ظهر عليه ما يوجب الزيادة في سجنه، زيد فيه، وإن لم يظهر عليه شيء، استحلف خمسين يمينا، أنه ما قتله، وخلى سبيله، وإن كان ممن لا تلحقه ظنة، سجن ثلاثة أيام، فإن ظهر عليه ما يوجب التمادي في سجنه، تمودي في سجنه، وإن لم يظهر عليه شيء اطلق ولم يستحلف. (هـ). ومثله في الحطاب عن البيان، أنظره، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به (هـ).

وسئلت عن شهادة السماع هل هي لوث في باب الدماء أو لا؟ لأنه ثبت بها أن ذميا قتل مسلما.

فأجبت : الحمد لله، نص غير واحد من الأئمة المتأخرين أن شهادة السماع بالقتل لوث وعليه فيحلف معها أولياء القتيل خمسين يمينا، ويستحقون دم الذمي المذكور. قال الشيخ التاودي في شرح التحفة : لما عد بعض أفراد محال شهادة السماع ما نصه : وزاد ابن عبد السلام خمسة، ونظمها بعضهم فقال :

وقد زيد فيها الأسر والفقر والملا ولوث وعتق فأظفرن بنقله

(هـ). ونص ابن عبد السلام المشار إليه، وربما ألحق بذلك الملأ، والعدم، والأسر، واللوث الموجب للقسامة، والعتق. (انتهى). من تكميل التقييد لابن غازي، ونقله الشيخ بناني عن ابن مرزوق نظما فقال :

وإقرار زوج ثم لوث قسامة الخ..

قال العبدوسي في نظمها أيضا :

واللوث والإسلام ثم العـــزل الخ..

وقال ابن غازي في نظمها أيضا :

اما الحيازة مع القسامة للملك واللوث ترى علامة

ونصوص العلماء بهذا كثيرة نظما ونثرا، وعليه فلا إشكال في قتل الذمي المذكور بها لقول المختصر : (وقتل الأدنى بالأعلى). الخ...

وقول التحفة أيضا : وقتل منحط مضر بالعال.

ولا يشترط التصريح في الشهادة، بأنه قتله عمدا، لأنه محمول على ذلك عند الجهل، كما قاله الشيخ التسولي في شرح قول التحفة.

وحالة الشك لمنع مغنية. ونصه، لأنه إذا شك في كونه عمدا أو خطئا، فهو محمول على العمد العدوان، إذ الأصل في أفعال العقلاء هو تعمدها والقصد إليها، إلا أن تقوم قرينة على عدم تعمده، من لعب، أو أدب،أو نحوهما.الخ.. ومثله في شرح الشيخ ميارة، وصوبه العلامة المحقق سيدي يعيش الشاوي في كواكبه السيارة، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وقيدت من كناش المحقق سيدي العربي الزرهوني ما نصه :

سئل سيدي أبو القاسم الغبريني عن رجلين، أحدهما شريف بعقد في يده، تشارر مع غير شريف. فقال للشريف : لعن الله الشرف الذي تنتسب إليه، وشهد عليه بذلك.

فأجاب : يصفد في الحديد ويضيق عليه، فإن ثبت قوله بما يجب به الثبوت، ضربت عنقه إن لم يكن فيهم مدفع، وإن لم يثبت ذلك عليه ضرب بالسوط ضربا وجيعا على قدر ما يفهم من سفهه، وقلة دينه، وجرأته. (هـ).

وسئــــل ابن عرفة عن شريف قال لغيره : لعن الله جدك. فقال له غير الشريف : وجدك، هل يجب عليه القتل أو الأدب، فإن قلتم بالأدب فقط، فهل يسقط إن أسقطه الشريف، أو لا بد منه. فإن وجب الادب، فهل يسجن مكبلا بالحديد أياما، ويكفي ذالك في أدبه أولا؟ وقد سئل الرجل المذكور عن مقالته على معنى الإعذار إليه فقال : صدرت مني وادعى انه لا يعرف الشريف المذكور، ولا ميزه من غيره، ولا يعرف هل هو الذي وقعت منه المكالمة أم لا؟ وكيف إن كان الرجل ضعيف البصر جدا هل يعذر بذلك؟ وكيف إن لم يثبت نسب الشريف إلا بقول الشهود : نعرف فلان بن فلان، ويشهدون أنه لم ينتسب للنسب الشريف النبوي، منذ عقلنا وإلى الآن، ولا علم شهوده أن أحدا غير عليه انتسابه لذلك، ولا أنكر عليه.

فأجاب : أما قتل الرجل المذكور بما ذكر فلم يقم عندي تمام الدليل الدال على ابتداء القول به بحال، لإجمال لفظ الجد بالنسبة إلى حمله على الجد الأقرب، أو مقابله، أو تعنيمه، أو اشتراكه، مع كون القائل ضعيف البصر، بحيث يشبه صدقه بجهل المقول له، وهو يوجب جهله بمحل الحكم كمحض تعمد وطءِ امرأة وقام دليل على أنه إنما وطئها لاعتقاده أنها أمة بينه وبين أخيه، فتبين أنها أجنبية حرة. والواجب الذي لا شك فيه أدبه. وقدره بحسب اجتهاد الحاكم، مع اعتباره جرأة القائل، أو عاميته والصادر منه فلتة نادرة بحسب حاله. وأما الإعذار اليه في شهادة الشاهدين من حيث تعيينها الشخص المقول له في زعمها، فهو باق من حيث ثبوتِ قوله عريا عن كونه عينته البينة، ويجب أن يؤكد نهي هذا المدعي الشرف عن سب الناس أشد من نهي غيره عن ذلك. (هـ).

وسئــــل الشيخ ابن ناصر عن قوم من أهل البادية أعرضوا عن الأحكام الشرعية، وتركوها إلى أحكام وعادات وعقوبات بالمال، جعلوها بينهم فكانوا يقضون بها، أيكفرون بذلك أم لا؟

فأجاب : لا، ولكنهم عصاة، فقيل له : ما يعنى بقوله تعالى : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾. فقال : إنما ذلك في قوم بأعيانهم،

نعم ان فعلوا مثل ما فعل بنو محيي من أيت يوسون، فإني أخبرت عنهم انهم اجتمعوا في ناديهم حتى حفروا حفرة كالقبر، ثم سدوا عليها ترابا، ونادى مناديهم، يا أهل القبلة : إنا قد دفنا الشريعة ها هنا، فلا يطلبها أحد في بلادنا، ومن حاكم إليها فلا يلوم إلا نفسه، فهؤلاء ينظر في كفرهم وإسلامهم. (هـ).

وسئـل سيدي إبراهيم بن هلال، كما في نوازله، عن قوم من الأعراب نزلوا دوارا ولعب الصبيان في المراح ليلا، فجاءت ضربة بحجر أو غيره، في رأس صبي، ولم يدر من ضربه، فبقي أياما ومات منها، فطلب وليه الدية من أهل الدوار : وقال أهل الدوار لا نعلم من ضربه، يمكن أن يكون من الدوار، أو سارق أو غيره هل دمه هدر، أم لا؟

فأجاب : الحمد لله، الحكم في ذلك ان يحلف جميعهم، فإن حلفوا كلهم فعليهم الدية، وإن نكلوا كلهم فكذلك، وإن نكل بعضهم وحلف البعض فالدية على الناكل منهم. (هـ). والله الموفق بمنه للصواب لا رب سواه.

نوازل الوصايا والاوصياء

والوصية من أفضل القرب إلى الله عز وجل، وتجوز من الصغير إذا كان ممن يميز القرب، ومن السفيه والمولى عليه. قال ابن رشد : لأنهم انما حجر عليهم في مالهم مخافة الفقر، والوصية إنما تنفذ بعد الموت، في حال يؤمن عليهم فيها الفقر، وتجوز وصية المجنون في حال إفاقته. قال في المدونة : وتجوز وصية المحجور عليه، والسفيه، والمصاب في حال إفاقته.

قلت : وهي من العقود الجائزة غير اللازمة، لأن للموصي أن يرجع عن وصيته كلها أو بعضها، ويفعل فيها في حياته ما أراد إلا أن تكون بتدبير، فإنه لا رجوع له عنه لا قولا ولافعلا من غير خلاف في المذهب، وكذلك ان اشترط في وصيته أن لا رجوع له عنها فليس له أن يرجع عنها على المشهور من المذهب. وبه أفتى ابن مشكان والبرجيني، كما في نوازل البرزلي. وقيل له الرجوع عنها، وقيل بالفرق بين العتق، فيلزم شرط عدم الرجوع فيه وغيره فلا يلزم، انظر مجالس المكناسي. وسيأتي أن العمل جرى فيها بالصلح.

وسئـــل بعض المتأخرين عمن أشهد في صحته أنه تصدق على أولاد ولده فلان، إن قدر الله وجودهم، بثلث متخلفه، يكون مالهم وملكهم، والتزم في صدقته هذه عدم الرجوع.

فأجاب : الحمد لله، إشهاد فلان بالتصدق بثلث متخلفه. الخ.. هو في المعنى صوية لهم به، إذ لا يشترط في الوصية لفظ مخصوص، ولا كونه من مادتها، كأوصى بل كل ما دل عليها بالوضع، أو بالقرينة كاف. قال ابن عرفة : الصيغة، ما دل على معنى الوصية، فيدخل اللفظ والكتب، والإشارة. (هـ). وقال ابن شاس : كل لفظ يفهم منه قصد الوصية بالوضع، أو بالقرينة، حصل الاكتفاء به. (هـ). وقال ابن الحاجب في الصيغة : كل لفظ، أو إشارة يفهم منه قصد الوصية. الخ...

وفي الشامل : الوصية؛ تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع. الخ.. فالوصية المشار إليها وإن لم يكن فيها لفظ من مادتها، فقد دلت عليها قرينة قول الموصي : بثلث متخلفه، فقد أضافها لما بعد موته، وهي الوصية، ودلت عليها قرينة التزامه فيها، عدم الرجوع، لأن جواز الرجوع في الوصية من لوازمها، وحكم من أحكامها، كما في المعيار عن الشريف التلمساني وغيره، والله الموفق للصواب. (هـ).

قلت : وفي نوازل سيدي إبراهيم بن هلال، أن هبة الثلث بعد الموت، وصية من الوصايا، فللموهوب له ثلثه إن كان غير وارث، وما زاد على الثلث فللورثة. (هـ).

وسئل ابن زرب فيما نقله عنه البرزلي، وصاحب المعيار، عن قوم شهدوا أن رجلا أوصى بثلثه، ونسوا الوجوه التي أوصى فيها، إلا أنهم لا يشكون في إيصائه بثلثه.

فأجاب : لا يخرج الثلث إلا أن يعينوا الوجوه وإلا رجع ميراثا، ولو أن قاضيا سجل بثبوت وصية رجل عنده، وأنه أوصى بثلثه في وجوه سماها الشهود، وأغفل القاضي ذكرها في سجله، ووقف الثلث، ولم يوجد بعد ذلك من يحفظ الوجوه، فإن الثلث يخرج ويستأنى به على قدر ما يرجى، تعرف تلك الوجوه، فإن أيس من معرفتها، فرق ذلك الثلث على المساكين، وفرق ــ أي ابن زرب ــ بين المسألتين.

وسئل ابن لب على ما نقلاه عنه أيضا، عن مريض دخل عليه بعض عواده ليشهدوا عليه، لكونه كان يذكر في أيام صحته أنه يكتب ثلثه لبنت عمته، وكانت في كفالته، فذكر له ذلك فقال : نعم، لا بد من هذا، ثم توفي بإثر ذلك، ولم يقع منه غير ما ذكر.

فأجاب : الحكم في ذلك أن اللفظ الواقع من الرجل المذكور لا يكون وصية للمذكورة، لاحتمال أن يكون مراده الوعد بالإيصاء، كأنه يقول : لا بد أن

أعمل ذلك أو لا بد ان اكتبه ثم اتفق انه لم يعهد ولم يكتب. ثم قال : وبالجملة لا بد في الوصية الموجبة للملك من التصريح، وعدم الاحتمال. (هـ). ومن البيان والتحصيل في رسم، أوصى أن ينفق على أمهات أولاده من كتاب الوصايا الثالث. قال مالك : فيمن قال : اكتبوا ما بقي من ثلثي لفلان حتى انظر لمن أوصي، فمات قبل ان يوصي بشيء غير ذلك. قال مالك : ليس للموصَى له ببقية الثلث شيء. قال ابن رشد : وجه قول مالك : إنه كان مجمعا على ان يوصي ولا يدري لو أوصى، هل يفضل من الثلث شيء أو لا؟ ولا تكون الوصايا بالشك، كما لا يكون الميراث به. (هـ) من كناش الزرهوني. ناقلا من خط الشيخ ميارة.

ونص المحتاج إليه من وثيقة اعترفت فلانة أن بمالها لزوجها فلان خمسين مثقالا كان صيرها عليها في تمريضها في الأدوية وغير ذلك مما تحتاج اليه هذه مدة من عامين سلفت عن تاريخه، أشهدت أنها صيرت له جميع نصف الخمس من الدار التي لها، فكذا في العدة المذكورة تصييرا تاما، قبله المصير له المذكور، ورضيه، وحازه حوزا تاما معاينة، وبسبب هذا برئت ذمة المصيرة المذكورة الخ.. بأكمله من الزوج، وبحال مرض من الزوجة الخ...

الحمد لله، إقرار المرأة المذكورة لزوجها بالعدة المذكورة، وتصييرها له فيها الواجب من الدار. الخ... غير لازم للورثة، حيث كانت في مرض موتها، ولا ولد لها. ففي ابن سلمون بعد أن ذكر ما في إقرار الزوج المريض لزوجته من التفصيل ما نصه : وإقرار المرأة للرجل ايضا كما تقدم، والحكم فيهما واحد، في جميع ما ذكر. (هـ). والله تعالى اعلم. وكتب محمد بن ابراهيم. (هـ).

الحمد لله، نسخة الوصية أعلاه غير تامة، وما رسم أعلاه من عدم لزوم الإقرار صحيح، إن كانت الزوجة مائلة لزوجها، أو جهل حالها معه، كما في التفصيل الذي ذكره ابن سلمون المشار إليه أعلاه عن ابن رشد، ونص المراد منه : الرجل إذا أقر لامرأته في المرض، لا يخلو من ثلاثة أحوال : أن يعلم منه إليها ميل، أو يعلم بينهما شنئان، أو يجهل الحال. فإن علم الميل فلا يجوز إقراره إلا أن يجيزه

الورثة، وإن علم الشنئان فإقراره لها جائز، وإن جهل الحال وورث بكلالة، فلا يجوز إقراره. ثم قال : وإقرار المرأة للرجل أيضا كما تقدم، والحكم فيهما واحد في جميع ما ذكر. (هـ). واعتمد هذا التفصيل الأئمة، كصاحب التحفة، والمكناسي في مجالسه، والحطاب، والمواق، وغيرهم، فإذا لم يثبت بغض المرأة لزوجها، ولم يثبت الدَّين بموجب الثبوت، فتصيير الحظ من الدار غير صحيح، والله تعالى أعلم. وكتب عبد الله أبو بكر المنجرة. (هـ).

وسئل صاحبنا الشريف البركة، سيدي محمد بن عبد الواحد الإديسي، مفتي الزاوية الزرهونية، عمن أوصى بثلث متخلفه لأحفاده، وعينه في دار سكناه، فلما مات وقوم متخلفه، زادت قيمة الثلث على الدار المعينة، فهل الزيادة تكون للأحفاد أيضا اعتبارا بصريح لفظ الموصي حيث قال : جميع ثلث متخلفه، ويعطى بأجمعه الخ... أو إنما للأحفاد الدار المعينة فقط لا ما زاد عليها لتمام الثلث.

فأجاب : حيث نص الموصي على أنه يخرج من جميع متخلفه الثلث الواحد الخ... وزاد ذلك بيانا بقوله : ويعطى بأجمعه الخ... فتخرج الدار ولا إشكال، ويكمل باقي الثلث للموصى لهم، وقوفا مع لفظ الموصي وقصده، إذ هذا صريح الوثيقة، ومعنى ألفاظها، لا أن الدار تخرج في جميع الثلث، ساوته أو نقصت عنه، فهذا لا يقوله أحد. وقد نص الأئمة على أن الوصية، والحبس، من واد واحد، وأنه يجب فيهما متابعة لفظ الموصي، ويقدم على ما ليس بأظهر، وتعتبر القرائن والعادات حسبما في المعيار وغيره. وقول الموصي : ويكون في دار سكناه، لا يخصص العام المتقدم الذي هو قوله : الثلث من جميع متخلفه ويعطى بأجمعه الخ... لما هو مقرر أن الخاص المتأخر لا يخصص العام المتقدم عليه، إلا أن نافاه، ولا خفاء أنه في نازلتنا لم ينافه، بل أكده. قال العلامة السجلماسي لدى قول ابي زيد الفاسي : وإن يكن بثلث والتعيين الخ... ما نصه : التنبيه الثاني، ما تقدم إنما هو إذا لم يدل دليل على حصر الثلث فيمن عينهم الموصي، أما إن دل دليل على ذلك، فالواجب أن ترد البقية عليهم، زيادة على القدر المسمى لهم. ففي العتبية من سماع أبي زيد عن ابن القاسم، **وسئل** يعني ابن القاسم عن رجل أوصى، فقال :

لفلان وفلان وفلان ثلث مالي، لفلان عشرة، ولفلان عشرون، ولفلان ثلاثون، لأولئك المسمين أولا بأعيانهم. قال فوجد الثلث مائة على من يرد الفضل. قال لمن أوصى لهم بالثلث على عدد الدنانير. قال ابن رشد : قول ابن القاسم، هذا في هذه الرواية تفسر روايته عن مالك في رسم سلعة سماها من سماعه على الصحيح من التأويل فيها. (هـ). وهو نص فيما قلناه.

وفي نوازل العلامة التسولي نقلا عن الفقيه العدل سيدي محمد بن إبراهيم غازي ما نصه : الذي جرى به العرف والعمل عند سائر الحكام بفاس فيمن أوصى لأحفاده أو غيرهم بجميع ثلث متخلفه، وحصره في شيء معين من أصوله، ثم لما مات وجد في ثلث متخلفه زيادة على ما قومت به تلك الأصول المعينة، فإن تلك الزيادة إنما هي للموصى لهم، وحصر ذلك في الأصول المعينة يحمل أي الحصر على إرادة الموصي بقاء تلك الأصول لأولاد أولاده، فينتفعون ويستمر نفعهم بها، كما أفتى بذلك ساداتنا العلماء، وأهل عصرنا، أسعدهم الله، وهذا الذي يحكم به منذ أدركنا، وهو الذي يظن أن الموصي أراده، إذ قصده استمرار النفع بجميع الثلث لأحفاده أو غيرهم. (هـ). وفي هذا كفاية والله تعالى أعلم. قاله وكتبه محمد بن عبد الواحد، وفقه الله. (هـ). وتقدمت هذه المسألة مبسوطة في أول ورقة من نوازل البيوع، فراجع ذلك هناك. وستأتي مبسوطة أيضا.

وسئل أيضا عمن أوصى بنصف الزيتون الذي له بمحل كذا، يكون حبسا على الطلبة الحزابين، ثم مات، وفي رؤوس أشجار الزيتون المذكور غلة موجودة، قد تناهى طيبها، بل ولقط الموصي حبة الريح منها قرب وفاته، فهل الغلة كلها لورثة الموصي من جملة ما له، أو نصفها للورثة، ونصفها للطلبة الحزابين، الموصى لهم بنصف الأصل من الزيتون المذكور.

فأجاب : حيث وجدت غلة الزيتون المذكور، وتناهى طيبها قبل وفاة الموصي، فهي من جملة ما له، ولا شيء فيها للطلبة الحزابين. ففي المنتخب لابن أبي زمنين، فيمن أوصى له بجنان فأثمر قبل موت الموصى، ما نصه. قال سحنون : قلت لابن القاسم أرأيت رجلا أوصى بجنانه لرجل، فأثمر الحائط قبل موت الموصي، لمن

تكون الثمرة ؟ قال : للورثة، ولا يكون للموصى له ذلك إذا أبرت النخل، أو لقحت الشجر قبل موت الموصي. (هـ).

وفي شرح العلامة السجلماسي لدى قول أبي زيد الفاسي : وغلة قبل وجود الموصي الخ... أثناء جواب لأبي علي بن علوان ما نصه : قيل ما أشار إليه فيها هو قوله : من أوصى لرجل برقبة جنانه أو أمته، فأثمرت الجنة عاما، أو عامين، أو ولدت الأمة، وذلك قبل موت الموصي، والثلث يحمل الجنان وما أثمر، والأمة وما ولدت. فالمثرة للورثة دون الموصى له. (هـ). ويفيده ايضا شراح التحفة عند قولها : ويجب النص على الثمار الخ... وصرح به الزرقاني عند قول المختصر : (وقوم بغلة حصلت بعده) ـــ الخ... فقال : ثم الموصَى به إن كان له ثمر وأُبرَ أو أَلقحَ قبل الموت، فهو من جملة مال الموصي قطعا، فيقوم من جملة ماله للنظر في ثلثه. (هـ). وسلمه محشياه بسكوتهما عنه. ومثله في الخرشي قائلا : وأما ما حصل قبل الموت، فهو من جملة مال الموصي من غير نزاع. (هـ). والله تعالى أعلم. قاله وكتبه محمد بن عبد الواحد وفقه الله. (هـ).

قلت : وأما ما وُجد من الغلة بعد موت الموصي، وقبل وجود الموصى له، فللورثة على المعمول به. ففي مجالس المكناسي ما نصه : فإن أوصى الموصي بجنان لأول ولد يولد لولده فلان، فإن لم يولد لولده ولد، فيعطى ذلك الجنان لرجل سماه، فيبقى الجنان موقوفا حتى يتزايد الولد، لمن تكون الغلة في خلال ذلك ؟ هل للولد أو لورثة الموصي ؟ قلت : نقل البرزلي في هذه المسألة عن بعض المفتين خلافاً. قال : وهو في المدونة وغيرها، ثم قال بعد كلام : **وأجاب** فيها ابن أبي الدنيا أن الغلة للورثة، ولا يكون للموصى لهم إلا من يوم القبول على المشهور من القولين، وقبول هذا لا يكون إلا بعد وجوده، **وأجاب** فيها التوزري : الغة للورثة في خلال تلك المدة، يقتسمونها على فرائضهم، ووافق عليه ابن زيادة الله، وذكر أن المسألة منصوصة لابن يونس.

قلت انظر ما شهده ابن أبي الدنيا هو غير ما في المدونة، وما في المدونة

من قول ابن القاسم هو المشهور، وصوابه أن يقول : والمعمول به من القولين أن الغلة للورثة.(هـ).

قلت : قال في المدونة : ومن أوصى لحمل امرأة فأسقطته بعد موت الموصي، فلا شيء له، إلا أن يستهل صارخا. (هـ). وقال اللخمي : إن أوصى لولد فلان ولا ولد له، وله حمل، حملت الوصية على أنها لذلك الحمل، فإن ولد كانت له الوصية، فإن أسقطته، أو ولدته ميتا سقطت الوصية، ولا شيء لمن يولد بعد. (هـ). قال الشيخ الرهوني : يؤخذ من بطلانها بولادة الحمل الموصى له ميتا بطلان وصية من قال: ثلث مالي لأول مولود يولد لفلان بولادته ميتا. وبذلك أفتيت حين **سئلت** عنها من مدينة رباط الفتح. وقد عارض بعضهم ذلك، بأن الإمام الأبّار في حاشيته على المختصر، نص على خلاف ذلك، فراجعت الحاشية المذكورة، فلم أجد فيها ذلك. وذكر أيضا أنه وجد مقيدا ما نصه : واختلف في مسألة نزلت، وهي من أوصى لأول مولود يتزايد لفلان فتزايد له ولد ميت، فهل تبطل الوصية أو ينظر لمن يتزايد ثانيا فتكون له ؟ فأفتى الفقيه أبو عبد الله سيدي محمد بن أحمد الفاسي بانتظار من يتزايد ثانيا، ووافقه الإمام القدوة مولان عبد القادر الفاسي رحمه الله تعالى ونفع به الجميع. وقال : إنها مقصود الموصي، ولو سئل عن ذلك حين الوصية لقال به. (هـ).

قلت : وقد استقريت ما قاله رحمه الله تعالى، من أناس حق الاستشهاد عليهم بالوصية لمن يتزايد أولا، فإذا قيل لهم : فإن تزايد الأول ميتا، فيقولون : لمن يتزايد بعده، ويحمدون التنبيه عليه، ولم أعلم أحدا ممن نبهته، قال : ترجع ميراثا.

وأفتى مفتي الوقت وقاضيه الفقيه أبو عبد الله سيدي محمد المجاصي ببطلان الوصية، نظرا للفظ الموصي واستدل أيضا بقول المختصر في باب العتق : وإن اعتق الأول ولم يعتق الثاني، ولو مات. ثم ذكر الخلاف المعلوم فيما إذا تعارض اللفظ، والقصد المذكور في الحطاب عند قوله في باب الحبس : واتبع شرطه إن جاز، ثم قال : وأما الاستدلال بما في العتق فغير ظاهر، لأن القائل أول ولد تلده أمته حر، إن كان في وصية فهو موصى به لا موصى له. ففي عتق ثان مزيد وصية

أخرى وهو لم يوص إلا بوصية واحدة والمقيس الكلام فيه في الموصى له، والغالب على الموصي قصد انتفاع من أوصى بالوصية ولو أبيحت له الوصية ما جاوزها لغيره ووصيته لأول مولود استعجال لأخذها والانتفاع بها، هذا هو الغالب في الوجود. إنتهى كلام البعض المعارض.

قلت : وهو صواب خلافا للشيخ الرهوني، فقد قال الشيخ احمد بابا في نيل الابتهاج ما نصه : وقع في زمن الشيخ الصالح قاضي الجماعة بتونس يعقوب الزغبي. مسألة : وهي أن رجلا أوصى لأول ولد لابنته فولدت ولدا ميتا فاختلفت فتواهم يومئذ وبقيت المسألة إلى أن تولى صاحب الترجمة يعني الإمام الهمام الشيخ قاسم بن محمد القسمطيني الوشتاني القضاء بتونس فحكم فيها بأن المراد أول ولد يولد حيا، لأن القصد النفع، ولا ينتفع إلا من كان حيا. (هـ). وهو مؤيد لما قاله المعارض وأبحاثه كلها صحيحة. وأما قول الرهوني رحمه الله : لا نسلم أن هذا مما تعارض فيه ظاهر اللفظ والقصد الخ... ففيه نظر ظاهر، لأن القصد وهو انتفاع الموصى له بها، يقتضي صرفها للثاني إن ولد حيا، فإن ولد ميتا فللثالث. وهكذا ذكر حتى يقع اليأس من الولادة، فتبطل وترجع ميراثا. واللفظ لا يقتضي ذلك وبعبارة، اللفظ يقتضي قصرها على الاول، والمعنى لا يقتضيه، بل يقتضي صرفها لغيره، وبالضرورة أنهما متعارضان. وهذا مصرح به عند المعارض حيث قال عن سيدي عبد القادر الفاسي : انها مقصود الموصي، ولو سئل عن ذلك حين الوصية لقال به الخ... ثم قال : وأفتى مفتي الوقت وقاضيه المجاصي ببطلان الوصية نظرا للفظ الموصي. إلى أن قال : ثم ذكر الخلاف المعلوم فيما إذا تعارض اللفظ والقصد الخ... فتأمله فإنه صريح في أن المسألة بين الشيوخ مبنية على اعتبار القصد أو اللفظ. وقول الرهوني : لا نسلم ذلك. لم يات عليه بدليل. وعليه، فالصواب ما قاله المعارض، لأن باب الوصية مبني على العرف، والقصد كالحبس. وقد نصوا في باب الحبس، إذا تعارض اللفظ والقصد على جريان العمل بالقصد لا اللفظ. قال أبو زيد الفاسي في عمليات :

وروعي المقصد في الأحباس   لا اللفظ في عمل أهل فاس

والوصية والحبس بمعنى واحد كما لا يخفى. وأما قول الرهوني : إنه لم يجده في حاشية الأبار الخ... فلا يتم إلا لو عين المفتي المحل ولم يجده أو طالعها من أولها إلى آخرها. ومع ذلك لا بد أن يراجع نسختين أو ثلاثا حتى يتحقق أن النسخ متظافرة على إسقاطها. والحاصل من حفظ حجة على غيره. ومما يؤيد ما جرى به العمل من رجحان القصد على اللفظ ما نقله في المعيار حيث قال :

وسئل بعض الفقهاء عمن أوصت لحفيدها بحجرة ينتفع بغلتها ما لم يرشد فيتصرف فيها حينئذ كيف شاء، وماتت الموصية وحكم القاضي بإمضاء الوصية على حسب ما وقعت ثم أثبت الموصى له أنه لا يتحصر من غلتها ولا من كسبه ما يكفيه ويخشى عليه الضياع وكشفه الحال وكان هذا قبل رشده فتعارض عند القاضي نص الوصية وسوء حال الموصى له.

فأجاب : بأنه يؤخذ من الحجرة ما ينفق عليه منه، واحتج بما ذكره اللخمي في مسألة المدونة في المرأة التي أوصت بدنانير لابنتها، أن تحبس لتنفق عليها في حج أو نفاس، فأرادت الجارية أخذها وصرفها في منافعها فمنعه في المدونة وقال : لا تصرف إلا في الوصية. اللخمي في كتابه : ولو نزلت شدة حتى خيف عليها لأنفق عليها من ذلك حتى يؤمن عليها، لأنه نزل أمر يعلم أن الجدة لو حضرت لكانت أرغب فيه من الأول، فاختار جواز البيع. قال القاضي ابن عبد الحميد : فوافق ذلك رأيي. وكان صوابا وإنه يباع من الحجرة ما تقوم منه نفقة الحفيد المذكور. (هـ). فهذا كله يؤيد ما قاله ذلك المفتي. وأما بحثه في قول المعارض : والغالب على الموصي قصد انتفاع من أوصى لولده الخ... فإنه ينتج بطلان الوصية من اصلها كما في المفيد الخ... فليس بظاهر لأنه ليس المراد أنه صرح بذلك، وإنما المراد أن ذلك هو الذي يفهم من حال الناس غالبا، ولا تبطل الوصية بذلك كما في المفيد، ونصه : ولا يجوز، ولا يحل لأحد أن يوصي لابن ابنته، وهو يريد ابنته وكذلك ما كان مثله، فإن أرادها فالله سائله وفعله إن لم يظهر فيه التوليج نافذ. (هـ). تأمله.

وأما قوله : إن هذا الانتفاع غير محقق ولا مظنون، فقد يموت الموصى لولده عقب الولادة الخ... ففيه نظر، إذ هذا احتمال عقلي لا يضر، والأصل هو السلامة

حتى ينتفع بها. وكذا قوله : وعلى تسليم أن هذا الانتفاع مقصود فلا يتوقف حصوله ولا استعجاله على التقييد بالأولية، بل يحصل بدونهما فلا يكون للتقييد فائدة لحصول المقصود بدونه، وأفعال العقلاء تصان عن العبث الخ... من نمط ما قبله أيضا، إذ الوصية لأول مولود فيها استعجال قطعا، إذ لو أوصى لأولاد أولاده بلا تقييد لم يقع في الوصية ملك حتى يقع الإياس من الولادة، بخلاف الوصية لأول مولود، فإنها لا تتوقف على الإياس من الولادة، بل بمجرد ازدياد الولد الأول يتقرر ملكها، فكيف يقال : إن استعجالها لا يتوقف على ذلك التقييد تأمله.

وسئل العلامة المحقق سيدي العربي بردلة كما في نوازله عن هبة من بعض من سلف من أولاد بومحلي من أهل الساحل على أولاده وبعد انتهائها ذكر أن من تأيم، أو احتاج من بناته ياخذ من الغلة قدر ما كانت ترث من أبيها، ولا شيء لأولادها، ثم ذكر في آخر الوثيقة أن ذلك الاستغلال المذكور في جانب البنات يكون لأولادهن وأولاد أولادهن الخ...

وأجاب بعضهم : بأنها حبس للتعقيب في آخرها وناقضه آخر، وقال هي هبة، ووافق الثاني ثالث.

فأجاب الحمد لله، تأملنا وثيقة التبرع أعلاه فلم نجد صارفا قويا يصرف عما صرح به فيها من الهبة إلى الحبس، فهي هبة لا حبس كما صرح به المجيب الثاني، ووافقه المجيب الثالث، ويبقى النظر على تسليم الهبة فيما يخدش فيها من التحجير على الموهوب لهم الذي اقتضاه اشتراط الواهب من دخول من تايم أو احتاج من البنات، وما يخدش فيها مما في آخر الوثيقة من التعقيب في حق أولاد البنات، ولا يبعد أن يقال : أما الاول وهو التحجير، فإنه لا يبطل الهبة المذكورة لأمرين : أحدهما، أن الهبة من العقود الشرعية. والأصل في العقود الصحة فلا يبطلها ما ليس صريحا في البطلان، وأيضا فلعل ما ذكره للبنات كان على وجه الإرشاد من الواهب لأولاده الموهوب لهم أن يفعلوه مع إخوتهم فعبر عنه الكاتب بالاشتراط. الأمر الثاني، ان استناد الحائزين لتلك الأملاك لعله كان في أول ذلك

مستندا الى رسم آخر خال عن ذلك الاشتراط، مع أن الرسوم بمجردها غير كافية في الاحتجاج بها، وبمجرد ما تضمنته، وإنما الحجة في الحوز ووجوهه. فالرسوم لا تكون بمجردها حجة في تغيير ما بيد الغير، ولا في إبطاله ولا في إلغاء شيء، فلا تعود قيودها على إبطال ما تضمنه أصلها مما وقع الحوز على مقتضاه. وأما ما في آخر الوثيقة من التعقيب فيجري فيه ما يذكر مما قد فرغنا من تقريره، فيكون معارضا لضعيف ظاهره، ويزاد عليه احتمال أنه سهو من الكاتب، لأنه كالمناقض لما قبله، فكيف يقبل ظاهره مع مدافعته لما قبله متصلا به، ويزاد عليه أيضا إحتمال أن التشبيه راجع لكونه لاحق لهن، ولا لأعقابهن ما تناسلوا، وهذا التأويل وإن كان فيه بعد، لكنه أولى من التدافع وإيهام التناقض، فتبقى الهبة سالمة على مقتضى الأصل من صحة العقود، وعلى ما مر عليه حوز الخلف عن السلف، مع تطاول المدد والأحقاب، والله تعالى أعلم بالصواب. وكتب عبيد الله تعالى العربي بن احمد بردلة كان الله له (هـ).

وسئلت عمن أوصى بثلثه لفلانة، يكون ملكها ومالا من مالها تتصرف فيه بأنواع التصرفات. إلى أن قال في آخر الرسم : وإن قدر الله بوفاة الموصى لها ولم تترك عقباً، فيرجع الثلث المذكور لأحفاده من بنته فلانة على الوجه المذكور الخ... ثم إن ابنته المذكورة ماتت ولم تترك أحفاداً فهل تملك المرأة الاولى جميع الثلث الآن أو يوقف الثلث إلى أن تموت، فيرجع لورثة الميت كما زعمه الخصم.

فأجبت : الحمد لله، حيث كان لفظ الموصي في وصيته أن المرأة الموصى لها بالثلث تملكه وتتصرف فيه بأنواع التصرفات الخ... فلا إشكال في صحة الوصية المذكورة، ولزومها بعد الموت لان الفاظ الموصي تتبع وعليه فللمرأة الموصى لها ان تتصرف فيه الآن بما شاءت من أنواع التصرفات عملا بما دل عليه كلامه المذكور، وذلك لأنها ملكته بموت الموصي ملكا حقيقيا كما قال في المختصر : فالملك له بالموت. أي ملك الوصية ثابت للموصى له بمجرد الموت أي موت الموصي. وأما زيادة الموصي في وصيته أن الموصى لها إذا ماتت بلا عقب، فإن الثلث المذكور

يرجع لأحفاده من بنته الخ... فملغاة غير معتبرة، لأن الموصى لها المذكورة ملكت ذلك الثلث بمجرد موته وانقطع هو تصرفه فيه فلم يبق له فيه تصرف بحال، وإنما يعمل بقوله في نحو هذا إذا كانت الوصية على وجه الحبس، لأن الملك له كما قال في المختصر : والملك للواقف لا في الوصية المملوكة كهذه. وبتقدير أن الموصي هنا اشترط بالصراحة في وصيته ذلك، بأن أوصى على هذا الشرط، وهو أنه يرجع لأحفاده من ابنته المذكورة إذا ماتت من غير عقب، فإنه يكون ملكا الآن للموصى لها لحصول الاياس الآن من وجود الاحفاد بموت أمهم. ففي المتيطية ما نصه : ولا يصلح أن يشترط المتصدق في صدقته إذا مات المتصدق عليه أن ترجع الصدقة إلى غيره من الأقارب، أو الأجانب، فإن وقع ذلك نفذ ومضى كشرط اعتصارها وليس للمتصدق عليه بيعها إلا أن يموت الذي اشترط رجوعها إليه في حياة المصتدق عليه فيكون له ذلك. (هـ). فظهر بهذا أن الثلث المذكور ملكه الآن محقق للموصى لها سواء قلنا : إن تلك الزيادة ليست بشرط، أو قلنا هي شرط، وإن طمع الوارث فيها إنما هو من الأمور الأشعبية، وإن القول بإيقاف ذلك الثلث إلى موت الموصى لها إنما هو من الأمور الوهمية، والله اعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

ووقع السؤال عمن أوصى بثلثه للأحفاد وعينه في دار سكناه، فلما نفدت الدار للموصى لهم لم تكمل لهم الثلث بل بقيت في الثلث فضلة، فهل تكون للورثة أو للموصى لهم.

والجواب : الحمد لله وحده، حيث قال الموصي في وصيته : أولا يخرج من متخلفه الثلث الواحد الخ... ثم قال : ويجعل ذلك في دار سكناه. فلا إشكال أن الثلث المذكور لا ينحصر في دار سكناه، ولا يقصر عليها بل ان بقيت بقية تخصه فإنها تكمل من غير الدار، ويعطى بأجمعه للموصى لهم على ما افتى به غير واحد من المتأخرين وهو من الشهرة بمكان حتى كاد ان يكون ضروريا عندهم. ففي أجوبة شيخنا العلامة سيدي محمد كنون رحمه الله أنه سئل عن موص قال في وصيته : يخرج من متخلفه قليل الأشياء وكثيرها الثالث الواحد،

وعينه في دار سكناه. ففضلت عن الثلث بعد إخراج الدار منه فضلة، فهل تكون من جملة الوصية عملا بتعميم الثلث أو لا ؟

فأجاب رحمه الله، بأن تلك الفضلة تكون من جملة الوصية عملا بالتعميم الواقع أولا، ففي شرح تكميل المنهج للشيخ ميارة ما نصه : وإذا قال الموصي يخرج جميع ثلث ما اخلفه فيفعل منه كذا وكذا لأشياء عددها، فإذا خرج منه ما ذكر، وفضلت فضلة من الثلث، فقيل ذلك لقوله : يخرج جميع ثلثي، وقيل : إن البقية ترجع ميراثا. قال بعض الموثقين وبالأول جرى العمل. نقله الحطاب في الوصية. (هـ). وأصله في معين الحكام، ومثله للمتيطي، وصاحب المعيار، وصاحب الوثائق المجموعة قائلا : لأنه قد عهد بإخراج الثلث، فلا يعود شيء منه إلى الورثة، ويحمل على غفلة الموثق أو نسيان الموصي، أي عن التنصيص على بقية الثلث. (هـ). ومثل ما قاله شيخنا المذكور في نوازل المحقق سيدي العربي الزرهوني ونصه :

الحمد لله، وجدت بخط الفقيه الأديب العدل سيدي محمد بن ابراهيم غازي ما نص المراد منه، الذي جرى به العرف والعمل عند سائر الحكام بفاس، فيمن أوصى لأحفاده أو غيرهم بجميع ثلث متخلفه وحصره في شيء معين من أصوله، ثم لما مات وجد في ثلث متخلفه زيادة على ما قومت به تلك الأصول المعينة، فإن تلك الزيادة إنما هي للموصى لهم، وحصر ذلك في الأصول المعينة يحمل على إرادة الموصى بقاء تلك الأصول لأولاده فينتفعون، ويستمر بها كما أفتى بذلك ساداتنا العلماء وأهل عصرنا أسعدهم الله، وهذا الذي يحكم به منذ أدركنا وهو الذي يظن أن الموصي أراده قصد استمرار النفع بجميع الثلث لأحفاده أو غيرهم. (هـ). وهو الذي يشهد له مسألة العبد المذكورة في المختصر حيث قال : وإن أوصى لعبده بثلثه عتق ان حمله الثلث وأخذ باقيه.إلخ... والشاهد منه قوله وأخذ باقيه. (هـ). كلام نوازل الزرهوني وبمثله افتى بعض الفقهاء في النازلة قائلا ما نصه : وقول الموصي ويكون في دار سكناه. لا يخصص العام المتقدم الذي هو قوله الثلث من جميع متخلفه، ويعطى بأجمعه. الخ... لما هو مقرر أن الخاص

المتأخر لا يخصص العام المتقدم عليه، إلا إن نافاه ولا خفاء أنه في نازلتنا لم ينافه، بل أكده. قال العلامة السجلماسي لدى قول أبي زيد الفاسي :

وإن يكن بثلث التعيين الخ... ما نصه :

الثاني ما تقدم إنما هو إذا لم يدل دليل على حصر الثلث فيمن عينهم الموصي، أما إن دل دليل على ذلك فالواجب أن ترك البقية عليهم زيادة على القدر المسمى لهم. ففي العتبية من سماع ابي زيد عن ابن القاسم : **وسئل** أي ابن القاسم عن رجل أوصى. فقال لفلان وفلان وفلان ثلث مالي لفلان عشرة، ولفلان عشرون، ولفلان ثلاثون لأولائك المسمين أولا بأعيانهم. قال فوجد الثلث مائة على من يرد الفضل. قال لمن أوصى لهم بالثلث على عدد الدنانير. قال ابن رشد : قول ابن القاسم هذا في هذه الرواية يفسر روايته عن ملك في رسم سلعة سماها من سماعه على الصحيح من التأويل فيها. (هـ). وهو نص فيما قلناه. وفي نوازل التسولي عن الفقيه العدل سيدي محمد بن ابراهيم غازي ما نصه : الذي جرى به العرف والعمل عند سائر الحكام بفاس فيمن أوصى لأحفاده أو غيرهم بجميع ثلث متخلفه وحصره في شيء معين من أصوله، ثم لما مات وجد في ثلث متخلفه زيادة على ما قومت به تلك الأصول المعينة، فإن تلك الزيادة إنما هي للموصى لهم وحصر ذلك في الأصول المعينة يحمل على إرادة الموصي بقاء تلك الأصول لأولاد أولاده فينتفعون، ويستمر نفعهم بها. كما افتى بذلك ساداتنا العلماء وأهل عصرنا أسعدهم الله، وهذا الذي يحكم به منذ أدركنا، وهو الذي يظن أن الموصى أراده، إذ قصده استمرار النفع بجميع الثلث لأحفاده أو غيرهم. (هـ). وفي هذا كفاية والله أعلم. (هـ). كلام البعض، وأشار الى المسألة في العمل الفاسي بقوله :

ومن على أولاده أوصى وما ... سمى سوى البعض فذاك عما
كمن تصدق بكل ماله ... وعين البعض فعم كله

فظهر بهذا أن عدم حصر الثلث المذكور في دار السكنى هو المعتمد، والأقوى وأنه الذي يدان الله تعالى به في السر والنجوى، وأنه لا فرق بين أن يعبر الموصي بجميع الثلث أو بالثلث الواحد أو بالثلث الكل سواء على مقتضى كلامهم

وبه يعلم أنه لا طمع للوارث فيما زاد على دار السكنى، بل الثلث كله للموصى لهم، والله تعالى أعلم بالصواب. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني الحسني العمراني لطف الله به (هـ).

الحمد لله وحده، حيث أوصى التاجر المذكور رحمه الله بأن يخرج من متخلفه العقار وغيره الثلث الواحد ويجعل في دار سكناه وتكون حبسا على حفيديه، الخ... وكان قبل ذلك أوصى بأشياء أخر تخرج من متخلفه، وتكون أوقافا في وجوه سماها، ونزل حفيدته منزلة إحدى بناته فلا شك أن هذه كلها وصايا لأن كل ما علق فيه الملك بالموت، فهو وصية سواء في ذلك ملك الرقبة وملك المنفعة، كان الموصي صحيحا أو مريضا حتى التنزيل. قال العلامة السجلماسي في شرح نظم عمل فاس عند قول ناظمه : وخرجت مسألة التنزيل في الثلث، البيت ما نصه : ولا شك أنه أي التنزيل وصية لمونه انما قصد المنزل (بالكسر) نفع المنزل (بالفتح) بعد موته هو، أي المنزل (بالكسر)، ولم يرد أنه له عطية ياخذها في حياته، وكل عطية تتوقف على موت المعطى فهي وصية. (هـ). والوصية معلوم حكمها، وأنها تخرج من الثلث : ابن عرفة الوصية عقد يوجب حقا في ثلث عاقده.الخ... يلزم بموته.الخ... وعليه فتخرج تلك الوصايا كلها من الثلث، ولا تكون المتأخرة منها ناسخة للمتقدمة كما هومعلوم، وإذا فضلت من الثلث فضلة لم ترجع ميراثا ولا مطمع للورثة فيها، لأن الموصي عهد بإخراج الثلث كما صرح به في قوله في اللايصاء المتأخر، فيخرج من متخلفه العقار وغيره الثلث.الخ... فرد الفضلة ميراثا نوع من التبديل وهو حرام كما في الآية الشريفة. نعم لو اقتصر الموصي على قوله : فيخرج من متخلفه دار سكناه.الخ... لكانت الفضلة للورثة قطعا. وأما تفرقة الفقيه الجنوي الصغير رحمه الله في الحكم بين التعبير بجميع الثلث، والتعبير بالثلث تشبثا وتعلقا بلفظة جميع الواقعة في عبارة ناظم العمل المطلق. فلا تسلم له، فإن الناظم المذكور لما كان غرضه نظم ما في المعين، وكانت لفظة جميع داخلة فيه على الثلث أتى بها في نظمه، وقد نص على العمل غير واحد ولم يدخلوا لفظة جميع على الثلث، ففي اختصار المتيطية ما نصه : فإن قال الموصي في وصيته : يخرج عني ثلث ما أخلفه،

فمنه في كفارة أيمان كذا، ومنه في زكاة كذا، ومنه بعتق كذا، وسكت عن باقي الثلث، ففيه قولان : أحدهما أنه ينفذ للفقراء والمساكين لقوله : يخرج ثلثه، وبه العمل. والثاني، الباقي يرجع ميراثا. (هـ). فانظر كيف لم يأت بلفظة جميع في قوله أولا يخرج عني ثلث ما أخلفه ولا في قوله، ثانيا باقي الثلث. وفي المعيار ما نصه :

وسئـل ــ يعني ابن زرب ــ عمن أوصى أن يخرج عنه ثلثه فينفذ من ذلك وجوه نصها فنفذت وبقيت بعد ذلك بقية من الثلث، فأجاب بأن تلك البقية تصرف على المساكين هذا الذي كان يذهب إليه القاضي. وقال ناظم عمل فاس.

وإن يكن بثلث والتعيين أنفق وما بقي للمساكين.

ولا يخفى أن العموم في عبارة المتيطية والمعيار مستفاد من المفرد المضاف إلى المعرفة. قال المحلي في شرح جمع الجوامع : والمفرد المضاف الى معرفة للعموم على الصحيح. (هـ). وأما العموم في نازلتنا فمستفاد من المفرد المحلى بأل. قال في جمع الجوامع والمفرد المحلى مثله. قال المحلى في مثل الجمع المعرف بها في أنه للعموم ما لم يتحقق عهد.إلخ... فظهر أن الحكم واحد سواء قال الموصى الثلث أو ثلث ما نخلفه أو جميع الثلث، ومن المعلوم أن الاستثناء معيار العموم وأن كل ما صح الاستثناء منه فهو عام، والاستثناء يصح من كل عبارة من العبارات الثلاث، ولما ذكر المحلي في شرح جمع الجوامع لفظة جميع من صيغ العموم قال ما نصه : ونظر المصنف فيها بأنها إنما تضاف إلى معرفة، فالعموم من المضاف اليه، ولذلك شطب عليها بعد أن كتبها عقب «كل» هنا. (هـ). والحاصل ان ما بقي من الثلث بعد إخراج الدار وسائر الوصايا لا ترجع ميراثا، بل يكون من جملة الموصى به للأحفاد عملا بالتعميم الواقع في الوصية لهم ومراعاة للقصد الذي لا يعدل عنه كما به السادات افتوا، والله تعالى اعلم، وكتبه خديم العلم الشريف وأهله عبد الله ابن خضراء كان الله له بمنه.

الحمد لله وحده، مثل هذه النازلة المسطرة حوله، نزلت قبل هذا الوقت بالثغر التطواني حاطه الله بمنه، وهي أن الحاج محمد أجزول، أوصى أن يخرج عنه

بعد وفاته الثلث الواحد، ويعطى نصفه لأولاد أولاده فلان وفلان وفلان، والنصف الآخر من الثلث المذكور، يخرج منه مائة مثقال، يجهز بشطرها ويشترى بالشطر الآخر زرع يفرق على الفقراء والمساكين، كما يخرج منه مائة مثقال أيضا، تعطى لمستولدته فلانة، وتعتق منه عنه أمة، فرفعت النازلة إلى علماء فاس، فكتب عليها قاضيها الشريف العلامة مولاي عبد الهادي ــ أي العلوي ــ أن الذي يعطيه كلام من نقل المسألة كالحطاب، وصاحب المعين، والمتيطي وصاحب الوثائق المجموعة، والمعيار، ان المعمول الذي وقع به القضاء في النازلة، أن الفضلة للمساكين والفتوى بأنها إرث، إنما صدرت من ابن أيمن، ولم يقع بفتواه قضاء، وأن الاول هو الذي اقتصر عليه ناظم العمل المطلق ووافقه على ذلك الامامان سيدي محمد بدر الدين والعلامة سيدي محمد بن عبد الرحمن، ثم وقع الإعذار إلى ورثته فكتب على ذلك العلامة المرحوم سيدي محمد الجنوي ما فيه معارضة الفتوى الصادرة من الشريف القاضي المذكور قائلا : إن هذه النازلة ليست مما جرى به العمل لوجود ما يدل على التعميم فيما جرى به العمل، وفقده في نازلة السؤال لكون ما جرى به العمل في التنصيص على جميع الثلث، ونازلة السؤال خالية من ذلك، وقد قال ناظم العمل المطلق :

وإن يقل ثلث ما اخلف جميعه يخرج ثم يصرف
منه كذا ثم كذا الاسما عددها ونقص المسمى
انفذ للمسكين باقي الثلث لأجل قوله جميع ثلثي

ثم قال بعد كلام هذا، ولا يخفى أن هذه النازلة وإن لم يصح إجراء العمل المذكور فيها للوجه الذي بيناه فهي من المشكلات، والخلاف فيها كثير شهير، والشأن عند الأئمة المقتدى بهم الإرشاد إلى الصلح عند الإشكال،الخ... ووافقه على ذلك العلامة سيدي محمد الحراق، ثم لما ولى المعارض المذكور خطة القضاء بهذا الثغر المذكور حكم فيها بما نصه : الحمد لله بعد أن كان وقع تعجيز بعض الوكلاء في قضية ما فضل عن الثلث، بعد اخراج المعينات منه.الخ.. وأنهى الأمر إلى الفقيه.الخ... وهو محمد الجنوي فأمعن النظر أكرمه الله فيما اقتضته الفتاوى

المذكورة، فظهر له قوة دلائلها، وأن هذه الوصية لا يحسن جريها على ما جرى به العمل، لأن ما جرى به العمل نص الموصي فيها على أنه يخرج جميع الثلث، كما علل ذلك صاحب المعين بقوله : لقوله يخرج جميع ثلثي، وصرح بذلك أيضا في نظمه العلامة سيدي محمد بن قاسم، حسبما هو منقول في الفتاوى المشار اليها، ولا شيء من ذلك في الوصية المحدث عنها، والتصدير بالألفاظ الدالة على العموم ملحوظ معتبر عند ارباب المذهب، أي اعتبار كما أشير اليه في الفتاوى المذكورة، سيما وقد عين الموصي ما أراد إخراجه لأولاد أولاده، وعتق أمته والفقراء والمساكين وغير ذلك، فلم يبق إلا أن الباقي لمن له الإرث، وإخراجه عنهم لغيره دون دليل قاطع فيه ما لا يخفى. وقد وقعت الغفلة عن هذا المعنى ممن افتى بما يخالف هذا، ولا غرابة في ذلك، إذ العلوم منح إلهية، ولما كان الشأن عند من يقتدى به من أئمة المذهب، الإرشاد إلى الصلح عند الإشكال، واختلاف النصوص والأقوال، حكم أيده الله بالصلح، بأن يأخذ الورثة مما فضل عن المعينات كذا، والباقي يصرف للفقراء والمساكين. وما لنا الا اتباع احمد ﷺ. فهذا الذي وقع به الحكم المذكور، وهو الذي يقول به عبد ربه محمد عزمان لطف الله به آمين.

الحمد لله كما ينبغي لكماله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله. هذا وإن الوصية بالنسخة حوله صحيحة يجب على الورثة تنفيذها ويحرم تبديل شيء منها. قال تعالى : ﴿ فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه ﴾. قال المفسرون : لا على الموصي ولا على الموصى له لأنهما بريئان، وحيث أناف الثلث على قيمة الدار المعينة استحق الموجود من المحبس عليه منفعتها بأجمعه. فإذا وجد غيره ممن هو طبق دخل معه من يوم وجد فقط، ومن مات منهم من غير عقب فلا شيء لوارثه في منفعة الحبس لنص الموصى عليه بقوله : ومن مات منهم من غير عقب. الخ.. وهذا هو الحكم لو سكت. ففي الحطاب ما نصه : قال ابن بطال في أحكامه : قال ابن المواز : قال مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب فيمن حبس دارا أو حائطا على قوم، ومات بعضهم، فإن ما كان للميت من ذلك يرجع على بقية أصحابه، وكذلك في موت آخر حتى ينقرضوا.(هـ). وهذا يدل على أن

الموجود من المحبس عليهم يستحق المنفعة بأجمعها، إذ لا فرق بين العدم السابق واللاحق، كما قال الشيخ المسناوي، وفي جواب له، وهذا هو الذي أفتى أكثر العلماء في الوصية إذا كانت لمن وجد ولمن سيوجد من أبناء الإبن فمات الموصي قبل الاياس من زيادة الموصى لهم، فإن من وجد منهم ياخذ جميع الغلة، فإذا وجد غيره دخل معه في غلة أخرى حاضرة بالسواء، ومن مات منهم فلا شيء لوارثه في الغلة إذ ليس له منها إلا ما أخذه في حياته. وأما إيقاف الغلة عمن حضره حتى يوجد من هو معدوم الآن، فلا يقتضيه لفظ الموصي، ولا قصده. أنظر المعيار وشرح تكميل المنهج، وأما ما فضل عن قيمة الدار من الثلث، فلا مطمع فيه للورثة، لأن موروثهم. قال : يخرج من متخلفه العقار وغيره، الثلث الواحد، فكيف يرجع الزائد إليهم ولا يخرجونه. وبهذا علل في الوثائق المجموعة. فقال : لأنه قد عهد بإخراج الثلث، فلا يعود شيء منه إلى الورثة. (هـ). والذي يظن أن الموصى قصده وأنه لو كان حيا وسئل عنه لقال به ووافق عليه، ولو نبه عليه لحمد التنبيه عليه هو عدم خروج الثلث عن عقبه. وقد قالوا : إن نص المحبس في كتاب التحبيس معرب عن قصده إن وجد، وإن عدم استدل على قصده بمقاصد الناس وقرينة الحال. وفي نوازل المعاوضات من المعيار، وهو في شرح التحفة لابن ناظمها في الوصية ما نصه : وإذا لم توجد الصيغ فإن القرائن الحالية تقوم مقامها. (هـ). وفي المعبار أيضا عن بعضهم إن المعتبر نص المحبس إن وجد أو وجدت قرينة لفظية أو حالية، فهي كالنص على مراده، فإن لم يوجد شيء من ذلك نظر إلى المقصد العرفي فعليه يحمل، فإن وقع خلاف في الحمل فهو الاختلاف في العرف كاختلاف بعض المتأخرين فيمن حبس حبسا مطلقا ولم يذكر له مصرفا، فقال بعضهم : يكون على المساجد إذا وقع في القرى لأنه تحبيس الناس في القرى. وأفتى أبو عمر بن القطان فيما جهل سبيله من الأحباس بأن يوضع في بناء السور. قال ابن الحاج إنما يوضع في الفقراء والمساكين. (هـ). فكل واحد من هؤلاء الفقهاء الثلاثة اعتبر ما هو الغالب عندهم. وفي «المختصر» و«صرف في غالب، وإلا فالفقراء»، أي وصرف فيما يقصد بالتحبيس غالبا، فلا

يعدل في الأحباس والوصايا عما يقصد غالبا إلى غيره. وفي هذا مع ما أفتى به السادات من كون الزائد للموصى لهم كفاية، والله سبحانه ولي التوفيق والهداية، وكتبه خديم العلم الشريف وأهله عبد الله بن خضراء كان الله له بمنه وفضله. (هـ).

الحمد لله، لا يشك فقيه أن طمع الورثة فيما زاد على دار السكنى من بقية الثلث، إنما هو من الأمور الأشعبية، ولا يرتاب عارف بالنوازل والأحكام أنهم لا حق لهم في ذلك بالكلية، وأما ما استظهره الفقيه السلوي من رجوع الزائد للموصى لهم دون الفقراء فقصور، لأنه كذلك مصرح به في شرح العمل الفاسي، وسياتي نصه، فلعله لم يراجعه وقت الفتوى، وإنما قال في المعين : يرد الزائد على الفقراء دون الموصى لهم، لأنه ليس في النازلة التي تكلم عليها تعيين الموصى له بالثلث، وإنما قال يخرج جميع الثلث فمنه كذا، ومنه لكذا. فلذلك رد الزائد على الفقراء على المعمول به، ونازلة السؤال بخلاف ذلك، لأن فيها تعيين الموصى له، فلذا حكم الأئمة برده عليه، وأما ما حكم به الفقيه الجنوي الصغير من قسمه بينهما، وتبعه في ذلك قاضي تطوان الآن متمسكا بأن ما جرى به العمل فيه التنصيص على جميع الثلث، والمسألة ذات النزاع ليس فيها لفظه جمسع الخ... فغير صواب، لأنه لا فرق بين تعبير الموصي بالثلث وبين تعبيره بجميع الثلث، الكل سواء في الفقه، إذ لا نزاع أن من أوصى بالثلث بعد موته يخرج من متخلفه في جميع ثلثه بمنزلة من أوصى بجميع الثلث، ولا رأينا فرقا بينهما ولفظة جميع إنما هي للتأكيد أي التقوية، ولا يختلف الحكم بها أصلا. وأيضا فإنه قياس مع وجود النص بخلافه، فلا عبرة به. قال لعلامة السجلماسي لدى قول أبي زيد الفاسي : كمن تصدق بكل ماله. الخ.. بعد أن ذكر العمل بأن الفضلة تدفع للفقراء، ولا ترجع للورثة ما نصه. التنبيه الثاني، ما تدم إنما هو إذا لم يدل بليل على حصر الثلث فيمن عينهم الموصي، أما إن دل دليل على ذلك، فالواجب أن ترد البقية عليهم زيادة على القدر المسمى لهم. ففي العتبية من سماع أبي زيد عن ابن القاسم.

وسئل ـــ أي ابن القاسم ـــ عن رجل أوصى فقال لفلان وفلان وفلان. ثلث مالي، لفلان عشرة، ولفلان عشرون، ولفلان ثلاثون، لاولئك المسمين أولا بأعيانهم. قال : فوجد الثلث مائة على من يرد الفضل. قال لمن أوصى لهم بالثلث على عدد الدنانير. قال ابن رشد : قول ابن القاسم هذا في هذه الرواية يفسر روايته عن مالك في رسم سلعة سماها من سماعه على الصحيح من التأويل فيها. (هـ). فانظر كيف حكم برجوع الفضلة للموصى لهم بدون لفظة جميع، على أن قول الموصي في نازلتنا الثلث الواحد. الخ.. بمنزلة قوله جميع الثلث، تأمله والله أعلم، قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، لما إن كان التاجر السيد إدريس بن عبد الرحمن الكوهن أوصى بثلث متخلفه من جميع الأشياء جليلها وحقيرها، العقار وغيره على ان يقسم أثلاثا، ثلثه لأول مولود يولد لسيدي محمد بن حقيقه، والثلث الثاني لأول مولود يولد لخديجة شقيقة سيدي محمد المذكور، والثلث الثالث لأول مولود يولد لأختهما للأب زهور يكون الثلث المذكور، لمن ذكر على وجه الوصية النافذة بعد الموت، وولد لـ (زهور) المذكورة بنت قيد حياة الموصي، وتوفيت هذه البنت ولا زال الموصي بالحياة، وولد لزهور المذكورة بنت اسمها زينب قيد حياة الموصي ولا زالت حية إلى الآن، وكان الموصي المذكور توفي عفا الله عنا وعنه وأشكال الأمر في البنت المولودة لزهور، ولم تتقرر حياتها إلى موت الموصي، ووقع التراضي على ما يقوله الفقهاء الأجلة الأعلام الشريف مولاي جعفر بن الشريف الفقيه مولاي ادريس الكتاني الحسني، والشريف مولاي احمد بن الشريف سيدي محمد بن الخياط الزكاري الحسني، وسيدي الطيب بن العلامة سيدي أبي بكر بن كيران، وسيدي محمد بن السيد التهامي الوزاني في رسم الثلث المذكور. ثم حضر الفقهاء الأربعة المذكورون، وبعدما أحضروا لهم رسم الثلث حوله وتأملوه كل التأمل، أشهدوا أن البنت التي زيدت لزهور قيد حياة الموصي، وتوفيت والموصي بالحياة لا عبرة بها، وأن البنت المتزايدة بعد المتوفاة تاخذ ثلثها، لأنها أول مولود زيد له بعد وفاة الموصي، والثلث الثاني هو لسيدي محمد بن سيدي محمد المذكور، لأنه أول مولود زيد له بعد وفاة الموصي، والثلث الثالث هو لسيدي محمد ولد خديجة المذكورة المتزايد قيد

حياة الموصي، وتقررت حياته، إلى وفاة الموصي، ثم اشهد الورثة أنهم سلموا ما قاله الفقهاء المذكورون في الثلث المذكور بالتسليم التام، وإنهم التزموا العمل بمقتضاه وقفوا عنده، كما سلموا الوصية بالثلث لمن ذكر بالتسليم التام، ولم يبق لهم في ذلك نزاع، ولا كلام بوجه من الوجوه، وحيث طلبوا من الشرع المطاع أسماه الله وأعز أمره. الموافقة على ما قاله العلماء وإمضاء تسليم من ذكر لرسم الوصية بالثلث المشار له، أشهد الفقيه الأجل العلامة الأفضل النبيه الأمثل قاضي الجماعة بفاس، وهو احمد بناني اعزه الله تعالى وحرسه أنه وافق على ما قاله الفقهاء وأمضاه، وأوجب العمل بمقتضاه شهد عليه أعزه الله بما فيه عنه من أشهده به وهو بحيث يجب له ذلك من حيث ذكر، وعلى الغير بما فيه عنهم وهم عارفون قدره وبأتمه وعرفهم، وفي حادي عشر رجب الفرد عام ستة وثلاثمائة وألف، عبد ربه تعالى فلان وفلان. (هـ).

وسئلت عن رجل أوصى بثلثه لحفيديه من ابنه علي، وهما : محمد وأحمد، ثم مات أحمد المذكور بعد موت الموصي، هل يورث عنه حظه وينتقل لورثته لكون الموصي عينه أو يرجع نصيبه لأخيه محمد المذكور ؟

فأجبت : الحمد لله، حيث كان الموصى لهما معينين، ومات أحدهما بعد موت الموصي، فلا إشكال في أن نصيبه من الوصية ينتقل لورثته، لأنه ملكه بمجرد موت الموصي، كما قال في المختصر : «فالملك له بالموت»، أي ملك الموصى به ثابت للموصى له بمجرد موت الموصي. فإذا مات بعد ملكه، فلا شيء منه لأخيه بل ينتقل لورثته لما هو مقرر معلوم أن من مات عن حق فلوارثه بمنزلة من اشترى شيئا وملكه، ثم مات عنه فإنه يكون لورثته لا لأخيه، إذ كل من الشراء والوصية سبب في الملك. قال الشيخ الرهوني في حواشيه، قول الزرقاني : فلو مات المعين قبل القبول، فلوارثه القبول. نحوه في الخرشي، ومرادهما أنه مات بعد موت الموصي وما ذكر هو المشهور، ومذهب المدونة قال في كتاب الوصايا الأول : وإذا مات الموصى له بعد موت الموصي فالوصية لورثة الموصى له، علم بها أم لا ولهم أن لا يقبلوها كشفعة لهم، أو خيار في بيع ورثوه. (هـ).

وقال أيضا قبل هذا : قال أشهب : وإذا أوصى لولد ولد رجل أو لمواليه وهم عشرة معروفون، فمن مات قبل القسم فنصيبه لورثته. الخ... وقال أيضا نقلا عن ابن المواز : كل من أوصى لقوم بأعيانهم تعمدهم، وعلم أنه قصدهم بأعيانهم، ولم يكن حبسا، فالوصية بينهم بالسوية ولا يحرم من مات الخ... وقال ابن يونس : وأما إذا عين فلا تعدو الوصية المعين الخ... إلى غير هذا مما يطول، وفيما نقلناهُ كفاية. والمسألة من الضروريات، فلا حاجة للتطويل فيها بأكثر من هذا، والله اعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وقيدت من خط بعض العلماء ما نصه : قضية جَسُّوسَة ــ أي امرأة من أولاد جسوس ــ أوصت بميراثها من اختها لأخويها، وذلك أنها أوصت بميراثها من أختها فلانة لأخويها فلان وفلان الغائب بالمشرق، فماتت الأخت الموروثة عن ورثتها، ثم بعد أيام جاء خبر موت أخيها الغائب قبل موتها هي، فرام الأخ الآخر أن يضم مناب أخيه الميت قبل موت الموصية إلى نصيبه، وياخذ الجميع فأفتاه بعض الطلبة بأخذه الجميع، واستدل على ذلك بنصوص الائمة ظنا منه أنها جارية على موضوع هذه المسألة، وأفتى بعض آخر بأن الأخ الموجود إنما ياخذ منابه من الوصية فقط، ويرجع مناب أخيه الهالك قبل الموصية إلى ورثتها، واستدل على ذلك بكلام الإمام الابار في تأليفه : ضوء البصر على فرائض المختصر، وطال نزاع الفريقين في ذلك حتى تفاقم ما بينهما. والصواب مع الثاني، فلا ياخذ الأخ إلا منابه. وأما مناب الأخ الهالك، فإنه يرجع ميراثا لورثة أخيه لأن بتعيينها الأخوين صارت مجزاة، والحكم في المجزاة هو ما ذكر. قال في المدونة ما نصه : ومن قال ثلثي لفلان وفلان وأحدهما غني عن الآخر فقير، فالثلث بينهما نصفين، فإن مات أحدهما بعد موت الموصي، ورث نصيبه ورثته، وإن مات قبله فللباقي نصف الثلث، ولا شيء لورثة الآخر، ويرجع نصيبه إلى ورثة الموصي. (هـ). نص التهذيب آخر كتاب الوصايا الثاني، ونقلته منه مباشرة، ونحوه للإمام الرهوني صدر مبحث الوصية من حاشيته عن ابن يونس فليراجع، فإنه نقل فيها كلام ابن يونس برمته مع طوله، وفي المقصد المحمود ما نصه : ولو أوصى لرجلين بثلثه فمات أحدهما قبل

الموصي، فليس للباقي إلا نصف الثلث، والنصف الثاني ميراث. (هـ). منه بلفظه وذكر ابن فتوح في ترجمة وثيقة بقطيع ما نصه : وإن أوصى لرجلين بثلث ماله فتوفي أحدهما في حياة الموصى فإن نصف الثلث للباقي، ويرجع النصف الثاني الى ورثة الموصي. (هـ). منه بلفظه، وسلمه ابن عات في طرره بسكوته عنه. (هـ).

ووقعت نازلة في هذه الأيام، وهي رجل أوصى بثلثه، وعين منه أشياء، وقال باقي الثلث المذكور يعطى لأول مولود يولد حيا عند بناته الخمس من زوجته أم هاني، وهن فاطمة وعائشة وخديجة وطاهرة وزينب، ولمن يتزايد حيا عند الحمل الظاهر من زوجته المذكورة الخ... فهل قول الموصي المذكور لأول مولود يولد حيا الخ... من قبيل الوصية لمعين وعليه فمن ازداد دفن الأحفاد فله نصيبه منها، وإن مات قبل الاياس يرثه ورثته لا ورثة الموصي ولا غيرهم، أو هي من قبيل الوصية لغير معين، وعليه فمن ازداد منهم فله نصيبه من الغلة فقط، وإن مات قبل الإياس فلا شيء لوارثه منها بل ترجع لبقية الموصى لهم، لقول الموصي : ولمن يتزايد عند الحمل الظاهر. فأطلق فيه ولم يقيده، فيحتمل أن يتزايد من الحمل المذكور واحد أو عشرة مثلا، ولولا هذه الزيادة لكانت القسمة بينهم على خمسة، لكن بسببها صارت القسمة بينهم متعذرة لا يدرى ما ينوب كل واحد منهم، وهذا يمنع كونها من قبيل المعين. وقد أفتى بعض أهل العصر بأنها من قبيل المعين مستدلا على ذلك بكلام ابن يونس ونصه : وأما إذا عين فلا تعدو الوصية المعين، والتعيين كقوله ثلثي لولد فلان هؤلاء، أو يسميهم بأسمائهم، أو يكون لفلان ولدان، فيقول : ثلثي لولدي فلان، أو لثلاثة أولاد فلان، فإذا سمى أو أشار إليهم أو قصد قصدا يعلم أنه أراد التعيين، فلا تعدوهم الوصية إلى غيرهم. (هـ). من حاشية الرهوني في الوصية عند قول المختصر : ووزع لعدده الخ... وأفتى صاحبنا العلامة السيد عبد الله ابن خضراء السلوي، وتبعه بعض آخر بأنها من الوصية لغير معين، واحتج على ذلك بكلام الشيخ ميارة في شرح تكميل المنهاج.

فأجبت : الحمد لله، ما سطره الفقيه العلامة ابن خضراء في النازلة أعلاه، هو الصواب الذي يتعين المصير إليه بلا شك ولا ارتياب، وما سواه من

الخطأ الصراح الذي لا يحل السكوت عنه بوجه ولا يباح، وذلك أن الوصية لأولاد الأولاد تنقسم إلى قسمين. الأول منهما : أن يعين الموصي لكل فريق منهم ثلثا أو ربعا مثلا، بأن يقول : كل فريق ياخذ ثلث الثلث مثلا أو ربعه، فها هنا إذا مات فريق منهم بتمامه يرجع حظه لورثة الموصي لا لورثته، وإن لم يبق من الفريق إلا واحد أخذ جميع ما كان بيد إخوانه كما قال المقري في جوابه : إن مات أحد الولدين عن ولد واحد أخذ ذلك الولد جميع ما سمى لأولاد أبيه من نصف الوصية أو ثلثها، أو غير ذلك. (هـ). الثاني : أن لا يعين ما لكل فريق منهم بل يحمل في وصيته، وها هنا من مات منهم لا يرجع حظه لورثته، بل يرجع لجميع الأحفاد الموصى لهم، إلى حصول الإياس من زيادتهم فتكون رقبة الموصى به ملكا لمن كان موجودا منهم يومئذ. كما قاله غير واحد من المتأخرين فلا حاجة الى التطويل به، ولا فرق في الصورتين بين أن يقيد بأول مولود أم لا، كما أفصح به الشيخ ميارة في شرح تكميل المنهاج عند قوله :

وإن يكن أجمل في الايصاء الخ... ولا فرق أيضا، والله أعلم بين أن يقيد الوصية في الوجهين المتقدمين بأول مولود يتزايد لاولاده وبين ان يعممها بقوله لمن يتزايد، إلا أنه في التعميم يشارك الموجود من الأحفاد أخوه أو ابن عمه أو كلاهما. وفي التقييد بأول مولود كما يشاركه ابن عمه لا غير الخ... قف عليه وهذا الذي قاله ميارة صرح به غير واحد من المتأخرين ففي نوازل القاضي بردلة أنه سئل عمن اوصى بثلثه لمن يتزايد عند بنتيه (رحمة) (وفافة)، فاتفق ان ماتت رحمة ولم يتزايد لها، وتزايد لفافة. فهل يختص أولاد فافة بالثلث كله أو يرجع نصفه لورثة الموصي.

فأجاب إن الثلث بأجمعه لأولاد فافة يختصون به ولا شيء منه للورثة، والله اعلم. (هـ).

وسئل أيضا كما في نوازله عمن أوصى بثلث متخلفه لأول مولود يتزايد لكل ولد من الأولاد الأربعة على السواء بين الأحفاد الأربعة، فتزايد ولد لواحد، فهل يكون له سيدي ربع الغلة أم يستغل الجميع إلى أن يتزايد من يشاركه في الغلة.

فأجاب بأنه إنما له ربع الغلة، أي وربع الأصل، لأن الموصي لما جعلها على السؤال كان الظاهر من العبارة أنه أوصى بربع الثلث لكل واحد من الأحفاد حتى إن من لم يتزايد له شيء يرجع نصيبه للورثة، والله سبحانه أعلم بالصواب. وكتب العربي بن أحمد بردلة كان الله له انتهى. من نوازله. فيفهم من قوله لأن الموصي لما جعلها على السواء الخ... أنه لو لم يجعلها كذلك بل أجمل فيها، لكان لذلك الولدان أن يستغل الجميع، ولو لم يتزايد غيره لاختص بذلك الثلث كله، وصرح بذلك العلامة ابن ابراهيم مفتي فاس. فإنه **سئل** عمن له ولدان أوصى بثلث متخلفه لأول مولود يتزايد لكل منهما، فمات وولد لأولادهما للولد الآخر ولم يقع يأس من ولادته فقام ورثة الموصي على أبوي الموصى لأولادهما، طالبين منهما غلة ذلك النصف الباقي من الثلث فنازعهم من ولد له في مطلبهم، واحتج عليهم بأن الوصية المذكورة قد أجمل فيها الموصي حيث لم يقل النصف لكل واحد من الحفيدين، وبأنه أخذ النصف لولده ملكا والنصف الآخر غلته لولده أيضا حتى ينظر ما يؤول إليه الأمر في ولادة أخيه، فهل أعزكم الله القول في ذلك قول الورثة فيستحقون أخذ غلة ذلك النصف ؟ أم القول لمن ولد له، فالغلة لولده ولا مدخل لأحد معه فيها على ما رجحه المقري وغيره من المتأخرين. وإذا قلتم بهذا الترجيح فكيف الحكم إذا وقع اليأس من ولادة من لم يعقب بموت أو نحوه. وقد كان الموصي أجمل في وصيته ولم يقل النصف منه لكل واحد، فهل يرجع نصيب عقبه لورثة الموصي أم يرجع لورثة أخيه بمقتضى تلك الوصية المجملة، ويدل على أنها ترجع لعقب من ولد له وأن لا شيء منها لورثة الموصي قول العلامة المحقق سيدي محمد ابن أبي القاسم السجلماسي في قول أبي زيد الفاسي :

وما لما يلد أوصى وقد. البيتين.

ما نصه : والأقرب عندي أن يكون الناظم أشار إلى مسألة، وهي : إذا قال الموصي أوصيت بثلثي لأولاد أولادي، فإذا مات أحد أولاده ولم يعقب كان جميع الثلث لأولاد إخوة الميت، ولا يرجع منه شيء لورثة الموصي، ويقسم على عددمن حضر من الأحفاد يوم القسم، دون من مات قبل ذلك، وهذا إذا أجمل

في الوصية كما ذكر، ثم ذكر ما إذا قدر ما لكل عقب من أولاده ثم استدل على ما حمل عليه كلام الناظم بما قاله الشيخ ميارة في الفرع الخامس من الفروع التي ذكرها عند قول التحفة :

وصححت لولد الأولاد. البيت.

ثم قال بعد استدلاله به، ما نصه : فكلام ميارة هذا وإن لم يكن نصا في عين الحكم الذي ذكر الناظم من رد نصيب ولد من لم يعقب على ولد من عقب، فإن فيه ما يؤخذ منه، وذلك أنه لما ذكر في إجمال الوصية بالموت آخر كلامه أنه كلما مات واحد من فريق رد نصيبه على الجميع، لزم منه أنه إذا انقطع نسل واحد من أولاد الموصي بالموت أن يصير الثلث الموصى به كله لنسل غيره، وفي معنى انقطاع النسل بموته انقطاعه بموت اصله انتهى. الغرض منه، ولا يخفى على كريم علمكم وجه الاستدلال منه على رد نصيب أولاد من لم يعقب إلى ولد من عقب، ولكن المعول عليه ما تقتضيه إشارتكم الخ...

فأجاب الحمد لله، الجواب والله الموفق بمنه أنه باستهلال أول مولود ولد لأحد الأخوين يستحق غلة جميع الثلث الموصى به المذكور، فحوز أبيه له النصف فقط تفريط منه، فيرجع به ذلك الولد على من كان يستغله. ثم إن تزايد للأخ الآخر ولد شاطره فيه وتملكا جميع الثلث مناصفة بينهما، فإن مات هذا الثاني قبل أن يولد أو ثبت اليأس من ولادته كان جميع الثلث لمن هو بيده ولا مدخل للورثة فيه لأنه أجمل في الوصية به، هذا هو الذي أجاب به من رأينا من المتأخرين. قال الزياتي صاحب النوازل : حدثني من أثق به من فضلاء إخواننا أنه سأل خالنا العلامة سيدي العربي الفاسي عن رجل أوصى بثلث ماله لمن يتزايد لفلان وفلان من الأولاد، ثم مات أحدهما قبل أن يتزايد له أولاد، هل يرجع الثلث كله لأولاد الباقي أو لا ياخذون إلا نصفه وباقيه يكون ميراثا.

فأجاب : مشافهة بأن الثلث يستحق جميعه أولاد الرجل الحي الآن، لأنه لم يقل في أصل الوصية أن الثلث يقسم بينهما. بل قال الثلث لمن يتزايد

لفلان وفلان. (انتهى) ما سمعته منه وبه أجاب أيضاً عن المسألة شيخ بعض شيوخنا أبو عبد الله المسناوي. قال في جوابه كما أفتى بذلك الشيخ أبو عبد الله القصار والقاضي أبو الوليد ابن رشد، في قريب من النازلة، وفتواه مذكورة في نوازل الوصايا من المعيار، وكما يؤخذ مما نقله الحطاب في ملحق العمرى، من شرحه على مختصر خليل عن ابن بطال، ونصه : قال ابن بطال في أحكامه، قال ابن المواز، قال مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب، فيمن حبس داراً أو حائطاً على قوم ومات بعضهم، فإن ما كان للميت من ذلك يرجع على بقية أصحابه وكذلك في موت آخر حتى ينقرضوا. (انتهى) المراد منه.

ومن البين أن لا فرق بين الحبس والوصية في هذا وبين العدم السابق واللاحق، والله أعلم. وكتب محمد بن أحمد بن المسناوي. (هـ). والله أعلم. وكتب محمد بن إبراهيم لطف الله به. (انتهى) جواب ابن ابراهيم، فانظر قوله. بهذا أجاب من رأينا من المتأخرين فإنه يفيد اتفاقهم على ما قاله الشيخ ميارة، وهو كذلك. وأما الاعتراض عليه، أي على ميارة بكلام ابن يونس المتقدم كما زعمه ذلك البعض، فمن الأغاليط التي ينزه تسويد الكاغد عن مثلها، لأنه إنما تكلم على الموصى له المعين، وأول من يتزايد حملا لأولئك البنات الخمس بالضرورة، أنه غير معين، فبينهما مسافة وبون، كما بين الضب والنون، لأن من يتزايد لهن حياً، لا يدرَى هل يكون أم لا؟ فكلام ابن يونس، حجة عليه، لأنه والحاصل أن هؤلاء البنات، الموصى لأول من يتزايد لهن، لا يدرَى هل يمتن صغاراً أو يكبرن. وبتقدير الكبر، هل يتزوجن أم لا، وبتقدير تزوجن، هل يلدن أم لا، وبتقدير الولادة، هل حي أو ميت، ذكر أو أنثى. واحد أو متعدد، إثنان أو أكثر إلى غير ذلك. فالحكم عليهم بالتعيين مع كونهم معدومين، ولا يدرى هل يتقرر لهم وجود في الخارج أم لا، من الأمور التي يمجها الطبع ويصطحب على إنكارها العقل والشرع. فالواجب شرعاً حيث مات البنات الخمس ولم يبق إلا بعض الموصى لهم، تنفيذ جميع الموصى به له وإراحته من الدعوى لحصول الإياس من ولادة البنات بموتهن والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي الوزاني لطف الله به. (هـ).

وسئلت أيضاً عمن أوصى بثلث متخلفه لأول مولود يزداد عند كل واحد من بناته الأربع أو الخمس، فازداد ولد واحد لإحدى البنات، فهل يحوز حظه من الغلة فقط أو الجميع؟ حتى يزداد ولد آخر ويدخل معه؟ وهكذا. فأفتيت بحوزه الجميع، فرد ذلك بعض الناس وأطال جداً، وزعم أن هذا الولد إنما يستحق نصيبه من الغلة لا غير.

فأجبت ثانيا بما نصه : الحمد لله، لا مزيد في النازلة على ما كنا كتبناه وبكلام الأئمة أيدناه، وذلك أن المنصوص للمتأخرين قاطبة بحيث لا يوجد بينهم فيه اختلاف أن الوصية بالثلث مثلا لاول مولود على قسمين: أحدهما أن يعين الموصي ما لكل فريق. بأن يقول مثلا : ربع ثلثي لأول مولود يتزايد لابني فلان وربعه لأول مولود يتزايد لابني فلان ونصفه لأول مولود يتزايد لابني فلان.

ثانيهما، أن لا يعين ذلك، بل يقول : ثلثي لأول مولود يتزايد لابني فلان وفلان. ففي القسم الأول إن ازداد حفيد واحد، إنما يأخذ غلة الحظ الذي عينه له الموصي فقط، وفي القسم الثاني ياخذ غلة جميع الثلث. فإذا ازداد حفيد آخر، شاركه فيه. وهكذا حتى يوجدوا كلهم فيملكون رقبة الثلث الموصى به. قال الشيخ ميارة في شرحه لتكميل المنهج بعد كلام في المسألة ما نصه : ولا فرق بين الوجهين إلا في كون الغلة في الوجه الأول تقسم على عدد الفرق، ويصير كل فريق كأنه مستقل ليس ثم سواه، وفي هذا الوجه ينظر مجموع الغلة على مجموع الموصى لهم، ولا فرق أيضاً ــ والله أعلم ــ بين أن يقيد الوصية في الوجهين المتقدمين بأول مولود يتزايد لأولاده، وبين أن يعمهما بقوله : لمن يتزايد، إلا أنه في التعميم يشارك الموجود من الأحفاد أخوه أو ابن عمه أو كلاهما وفي التقييد بأول مولود، إنما يشاركه ابن عمه لا غير هذا في التعميم. وأما في التجرية كقوله : نصف ثلثي لأول مولود يولد لابني فلان، وثلثه لأول مولود يتزايد لابني فلان، فلا مشاركة أصلا. والله اعلم. (هـ). فتحصل من كلامه أن الصور ثلاث : الأولى أن يعمم الموصي بأن يقول ثلثي لمن يتزايد لأولادي فلان وفلان وفلان. فهذه من وجد من الأحفاد ياخذ جميع غلة الثلث، فإن وجد غيره شاركه فيها، سواء كان أخاه أو ابن عمه أو

هما معا. الثانية أن يقيد، بأول مولود يتزايد لأولاده فلان وفلان وفلان، ولا يعين ما لكل فريق. فهذه أيضا كالتي قبلها. أن وجد حفيد واحد أخذ جميع الغلة، فإن وجد غيره دخل معه فيها، لكن بشرط أن يكون ابن عمه لا إن كان أخاه، فلا شيء له فيها لتقييد الموصى بأول مولود، وهما في الحقيقة قسم واحد. الثالثة. أن يعين الموصي ما لكل فريق، فهذه إن وجد واحد أخذ غلة ما عينه له الموصي فقط، وإن وجد غيره فلا يشاركه، بل ياخذ أيضا ما عينه له الموصي. وهكذا. ولا شركة في هذا القسم أصلا. وهذا الذي قاله الشيخ ميارة، تبعوه عليه منهم القاضي المحقق سيدي العربي بردلة، ومنهم مفتي فاس العلامة ابراهيم، ناسبا ذلك للمتأخرين، ولنوازل الزياتي كما سياتي إن شاء الله. وعليه فغلة الثلث بأجمعه في نازلة السؤال للبنت التي وجدت الآن، وإن وجد مولود آخر لخالها أو إحدى خالاتها، شاركها في الغلة المذكورة. وهكذا إلى انحصارهم فيملكون رقبة الثلث. وأما الكلام المسطر أعلاه، فلا محصول له ولا عليه تعويل بل هو مجرد تهويس وتضليل وتطويل. أما الفتوى الأولى فالكلام المنقول فيها سوى كلام الأبار كله خارج عن موضوع النازلة، لأنه في الوصية لمعين، والكلام في غيره، وكأنه لم يتأمله. فقوله : الوصية اعلاه من قبيل الوصية المجزأة،الخ... غير صحيح، بل هي من المجملة كما في كلام الشيخ ميارة ومن تبعه، ولا وجه لمخالفة الأئمة بغير دليل، ويوضح لك ما قلناه، قول المفتي بنفسه. فأما المجزأة فهي التي يعين الموصي أصحابها ويسميهم ويعدهم أو يسميهم ولا يعدهم أو يعدهم ولا يسميهم. الخ... فأنت ترى الوصية هنا ليست واحدة من الثلاثة، إذ ليس فيها تسمية الموصى لهم ولا عدهم ولا هما معا، وهذا من العجب أن يحكم الإنسان على الوصية بأنها مجزأة، ثم ياتي بتعريفها غير مطابق لها، وانظر قوله في المجملة فهي التي لم يعين الموصي الموصى لهم بالنص على أعيانهم أو على عددهم أو تسميته لهم، بل أبهم ذلك وأجمله.الخ... فهذا التعريف للمجملة صادق على نازلة السؤال، فهي مجملة قطعا. وأما كلام الأبار، فلا يصح الاحتجاج به، لأنه لم يات بنقل يدل على صحة ما قاله لتطمئن به النفس، مع انه مخالف لما في الكتب الصحيحة المعتمدة كشرح تكميل المنهج، ونوازل القاضي بردلة وغيرهما، بل مخالف للكتب المتداولة بين صغار الطلبة كشراح التحفة عند

قولها، ومن لسكنى دار تحبيس سبق البيت. وذلك انه جعل الوصية لاولاد فلان من المجزأة مع أنها من المجملة، ونص الشيخ التاودي. هناك ابن رشد معناه في غير المعين كتحبيسه على أولاده أو أولاد فلان، ولو كان على معينين مسمين، لم يستحق السكنى من سبق إليه. قاله ابن القاسم. (هـ). ومثله لسيدي عمر الفاسي وغيره، ويأتي مبسوطا، فأنت ترى النقل مصرحا بأن أولاد فلان ليسوا من المعين، ولذا قال الشيخ أبو العباس الهلالي في نور البصر، وليحذر الطالب كل الحذر من الفتوى بكل ما يجده في كتاب من غير فرق بين ما يكسبه عظيم الثواب، وما يلحقه أليم العقاب. فقد قال ابن الصلاح : إعلم أن من يكتفي بأن يكون في فتواه أو علمه موافقا لقول أو وجه في المسألة ويعمل بما شاء من الأقوال أو الوجوه من غير نظر في الترجيح، فقد جهل وخرق الاجماع. الخ...

وأما قول التهذيب : ومن قال ثلثي لفلان وفلان الخ... فصريح في كون الوصية لمعين، لأن فلانا من قبيل المعرفة عند النحاة. وكذا قول ابن يونس. وأما إذا عين فلا تعدو الوصية المعين الخ... هو صريح أيضاً في كون الموصى له معينا وكذا كلام المقصد المحمود، وكلام ابن فتوح كله من قبيل الوصية لمعين موجود. والكلام فيمن أوصى لغير معين، ولا تقرر له في الوجود وقت الوصية، بل ولا يدرى هل يوجد أو لا؟ فبين المسألتين مسافة وبون كما بين الضب والنون. وأما الفتوى الثانية فخارجة عن القوانين المرعية. أما أولا، فإنها تأليف لا فتوى، وتتبعها يؤدي إلى الملل وقراءتها محصلة الخلل. فقوله تنقسم ولا بحسب ما يقتضيه المقام إلى أربعة اقسام. الخ... لا حاجة إلى معرفة هذه الأقسام من فتواه، بل يكفيه الكلام على الوصية لأول مولود الذي هو النازلة. وأما ثانيا، فإنها لغيره فأخذها هو ونسبها لنفسه، ولا شك أن هذا من التدليس الذي يتنزه أرباب العلم عنه. وقد قال العلماء : إن من شكر النعمة نسبة الفائدة لمفيدها. وأما ثالثا، فإنها مع طولها لا فائدة لها، بل هي مجرد أبحاث عقلية، وأوهام خيالية، وتقسيمات ردية، يتحاشى أهل المروءة عن سماعها، وتنفر الطباع من خشونتها، وذلك أنه ترك كلم العلماء المنصوص للمتأخرين قاطبة في الوصية لاول مولود، واستنبط من عند نفسه أقساما

أربعة في الوصية لولد الولد. وقال : إن الوصية لأول مولود لا تندرج في قسم من الأقسام الأربعة، ثم استنبط لها حكما من قبل نفسه زعم انه مرتب على العرف، وصار يستدل على ما يقوله فيها بتلك الأقسام الأربعة، ولا يخفى أن هذا تبديل للدين، إذ لو جاز ترك المنصوص واستنباط غيره له لكان من جاء يستنبط حكما مخالفا للمنصوص، ويصير الدين ملعبة، وما كان من حق قاضي الوقت أن يأذن في نسخها، إذ العلماء نصوا على ان القاضي لا يحكم بالقول الشاذ وإلا نقض حكمه. كما قال في العمل الفاسي :

حكم قضاة الوقت بالشذوذ ينقض لا يتم بالنفوذ

ومثله المفتي كما ذكره المحقق السجلماسي في شرح هذا البيت. وإذا كان الحكم بالقول الشاذ لا يجوز، فكيف بما لم يقله أحد ولو شاذا كهذه الخرافات هنا التي لا فائدة لها، إلا إفساد الكاغيد. ثم لم يكتف بمخالفتهم، بل زاد صرح بالاعتراض على أكابر الشيوخ أرباب التحقيق والرسوخ، كالشيخ ميارة الملقب بحطاب المتأخرين، والدراكة الولي الصالح آخر قضاة العدل سيدي العربي بردلة، والعلامة الأكبر المفتي الأشهر. مفتي فاس، ابن ابراهيم، وأضرابهم، نفعنا الله بهم، وحشرنا في زمرتهم في الحديث : إذا لم تستحي فاصنع ما شئت. وفيه أيضا : ولن تقوم الساعة حتى يلعن آخر هذه الأمة أولها. ويرحم الله أسد بن الفرات. فالحاصل أن هؤلاء الأئمة، اتفق المتأخرون على اعتبارهم، وتسارع الناس إلى أقوالهم واختيارهم، فجزاء هذا المعترض عليهم أن يضرب على يديه، وإن عاد إلى مثل هذا، يبالغ في تنكيله والتضييق عليه، ولما جرى العمل بفاس بتضمين الراعي المشترك عملا بفتوى العبدوسي والقوري وخالفهما صاحب المعيار، وأفتى بعدم الضمان. قال القاضي سيدي العربي بردلة : ونحن نتبعهم في علمهم ولا نزيد، وذلك فيما يظهر لنا أسلم دينا ودنيا، والتعرض لرد ما جرى به العمل ليس بالأمر الهين. (هـ). فإذا لم يعتبر مثل صاحب المعيار في مخالفة ما جرى به العمل، فكيف يعتبر من لا خبرة له بالضروريات، فكيف بالنظريات. فقوله : فالواجب في هذه المسألة هو التجزئة وإن أجمل في الموصى به كالتعيين فهي أشبه شيء بمسألة

التعيين الخ... غير صحيح أيضا، إذ قياس الوصية لأول مولود على الوصية لشخص معين، مما تمجه الطباع إذ لا جامع بينهما، وما أظن أحدا من العقلاء يجوز قياس المعدوم على الموجود وبيانه أن الوصية لأول مولود هو غير موجود وقت الوصية، والوصية لمعين هو موجود وقتها. وأيضا هي لأول مولود، يحتمل أن يوجد فياخذها ويحتمل أن يموت أصله قبل أن يتزوج، وبتقدير أنه تزوج، يحتمل أن لا يلد أصلا فلا يستحقها، والمعين يستحقها بمجرد موت الموصي.

راحت مشرقة ورحت مغربا   وشتان بين مشرق ومغرب

وأيضا الوصية لأول مولود، هي منصوصة للشيخ ميارة ومن تبعه، ولا قياس مع وجود النص كما هو معلوم. وأيضا فإنه ليس من أهل القياس حتى يسمع كلامه فيه :

ليس بعشك فادرجي   ولا بمنزلك فاخرجي

وكذا قوله : وهذا الذي قررنا هو مقتضى العرف الخ... انتقال من القياس إلى الاعتماد على العرف، ولا يخفى أنه سفسطة إذ لم يذكر أحد من العلماء هذا العرف أصلا، والشيخ بنيس وإن نقله عمن ذكر، فقد خصصه بأهل سوس، فعلى تقدير ثبوت هذا العرف بسوس، فلا يصح إجراؤه في غيره، سبحانك هذا بهتان عظيم. وكذا قوله : مع وجود قول يوافقه الخ... غير صحيح أيضا، بل لم يات بقول يوافقه. وقوله : وفي مسألتنا لا وقف للعلم بمقدار ما ينوب كلا.الخ... جهل منه بالفقه، إذ يقتضي أنه مهما علم قدر الحظ الواجب لا وقف، وليس كذلك، بل يوقف ولو علم المقدار حتى يرتفع الإشكال كما ذكروه عند قول المختصر : ووقف القسم للحمل، فلو ترك الميت أولاداً وزوجه وحملا، وطلبت الزوجة ثمنها لأنه محقق، لم تجب إليه إلا بعد وضع الحمل، وكذا لو ترك أما وأولادا وحملا، وطلبت الأم السدس لكونه محققا، لم تجب إليه إلا بعد الوضع. وقوله هذا إنما هو استظهار من الشيخ ميارة. الخ... كلام بلغ الغاية في السقوط إذ استظهار الشيخ ميارة حجة، وجل عمليات فاس كلها استظهارات له، بل المسألة الأولى في

نظم عمليات فاس هي استظهار له، ولم يزل الشيوخ يستدلون بكلامه، ويأخذون الأحكام منه منطوقاً ومفهوماً من وقته إلى الآن. وقد ألف تأليفاً في بيع الصفقة لم يسبق إليه، فأدخله صاحب العمل الفاسي في نظمه بتمامه. وبالجملة. هو إمام متبع حتى في هذه النازلة بخصوصها قد تبعوه عليها وكان الأولى بهذا المتحصرم أن يتبع العلماء ولا يخرج عن نظرهم عملا بقوله تعالى : ﴿ ومن يتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ﴾، الآية. وفي شرح ميارة الكبير لنظم المرشد المعين بعد أن ذكر فائدة ما نصه : وفي هذه الفائدة فائدة أخرى وهي جواز قول الفقيه المقلد برأيه : إجراء على القواعد، وهذا ظاهر شائع ذائع في فتاوى المتأخرين، لا يمكن إنكاره. فانظره. إلى أن قال عن شيخه الإمام ابن عاشر : العمل على جواز قول المقلد برأيه إجراء على القواعد، وإلا بطلت فتاوى هؤلاء المتأخرين المشحونة بها كتب الأحكام. (هـ) الغرض منه وتقرر في الفقه أن الظاهر نص، وذلك مذكور في حواشي بناني، والرهوني، وابن غازي، وغيرهم. وقوله : وعلى تسليم أن ما للشيخ ميارة منصوص. فلا يجوز لنا اتباعه.الخ.. قد تبعه العلماء المقتدى بهم، وأما أنت فلا تعتبر في إثبات ولا نفي، ومتى كان هشام حتى يكون له مد.

أطرق كرا إن النعام في القرى   لو ذات سوار لطمتني

وكذلك قوله : حيث كان مقتضى العرف فيها عندنا مخالفا له. الخ... تقدم أن هذا العرف غير ثابت، وإنما هو شيء سولته إليه نفسه ليتوصل به إلى مخالفة العلماء، وإن ثبت بسوس، فيقصر عليه ولا يتعداه. على أن العرف إنما يعمل به إذا لم يخالف المنصوص، وإلا فلا، حسبما في الزقاقية وشروحها المتداولة بين صغار الطلبة وليس هذا محلا للكلام عليه.

وأما خامساً فقوله في الاستدلال بالمفهوم، يحتمل أن يكون الشيخ أي بردلة، لم يعتبره وأنه متردد.الخ... من اغرب ما يسمع لأن الشيخ رضي الله عنه من أكابر الأئمة، فكيف لا يعتبر المفهوم مع أن الكتاب والسنة وكلام العرب والفقهاء والمصنفين واردة به. وما زال الشروح والحواشي يعتبرونه في كلام المصنفين

فيقولون مفهوم المصنف. هو كذا، فإن كان موافقا للصواب زادوا : وهو كذلك، وإن كان مخالفا زادوا : وليس كذلك، حسبما نص على ذلك شراح المختصر عند قوله : واعتبر من المفاهيم مفهوم الشرط فقط، والعلماء كلهم متفقون على أن الكلام منطوقاً ومفهوماً وقسموه إلى : مخالفة وموافقة حتى صاحب المختصر يعتبر المفاهيم كلها كغيره من الشيوخ. وأما قوله : واعتبر من المفاهيم مفهوم الشرط فقط، فليس معناه أنه يجعل المنطوق والمفهوم سواء، ولا أنه متردد في المفهوم، ولا ساكت عنه بحيث لا يعطي حكمه، إذ هذا إفساد للكلام، وخروج عن أسلوب العرب، بل معناه أنه يلتزم عدم التصريح بمفهوم الشرط فقط. وأما غيره من المفاهيم فلا، بل تارة يصرح به وتارة لا يصرح به، وكثيرا ما يقول شراحه : صرح بهذا، لانه مفهوم غير شرط، وهو لا يعتبره. وهذا الذي ارتكبه موافق للعربية كما في قوله تعالى : ﴿ وإنا لن ندخلها حتى يخرجوا منها فإن يخرجوا منها فإنا داخلون ﴾. فالتصريح بالمفهوم جائز كما رأيته. وإذا تقرر عندك هذا التحقيق علمت أن القائل : إن القاضي بردلة لم يعتبر المفهوم وأنه متردد.الخ... خابط خبط عشواء، لأن القاضي بردلة أو غيره من العلماء لا يخرج عن أسلوب العرب، وعلمت أيضا أن قوله : إن الذي يؤخذ بمفهومه من الكلام، إنما هو كلام الشارع.الخ... كلام مختل ساقط. وإن وجد من قاله فلا عمل عليه. وقوله : فمما لا يصح الاستدلال به، لأنه من صريح القسم الرابع.الخ.. بل يصح الاستدلال به، إذ لا فرق بين أن يقول : لمن يتزايد لولدي فلان وفلان، وبين أن يقول : لأول مولود يتزايد لابني فلان وفلان، على ما عليه علماء فاس وغيرهم. وأما القسم الرابع وغيره من بقية أقسامك فتشبه الريح، إذ لا اعتبار بها، وإنما هي شيء قلته من قبل نفسك من غير دليل، فيجب طرحها. وأما قوله فيما أجاب به العلامة ابن ابراهيم مفتي فاس إنه استدلال غير صحيح، فمجرد افتراء منه، ولو أدب عليه لكان صوابا لما فيه من تنقيص العلماء ومخالفتهم بلا دليل بل بالدعاوي الكاذبة، ولم يحمل الوقت أكثر من هذا، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به (هـ).

وسئلت عمن أوصى رجلا على أولاده الذكور والإناث، وقال في وصيته :

وهم فلان وفلان وفلانة، وسكت عن بنت، فهل تدخل في الوصية وتكون موصى عليها كإخوتها أو لا؟

فأجبت : الحمد لله، البنت المسكوت عنها داخلة في الإيصاء بلا كلام. كما نص عليه غير واحد من شيوخ الإسلام. ففي حاشية الشيخ بناني عند قول المختصر : ووصيي فقط يعم، ما نصه : إذا قال وصيي على أولادي فلان وفلان وله أولاد غيرهم. فقال ابن سهل : يدخلون في الإيصاء، وإن لم يسمهم. قال : وهذا كمن قال : عبيدي أحرار فلان وفلان. وسكت عن باقيهم، فإنهم يعتقون أجمعون. (هـ). ومثله في حاشية الشيخ الرهوني عند قول المختصر : ولا الشجر المؤبر. الخ... ونصه : وأما الفقهاء فوجدت لهم مسائل تدل على ذلك. منها : من قال عبيدي أحرار فلان وفلان وسكت عن باقيهم، فإنهم يعتقون أجمعون. ومنها من قال فلان وصيي على أولاد فلان وفلان، وله أولاد غير من سمى، فإنه يكون وصيا عليهم.الخ... ومثله في الحطاب. والمعيار، ونوازل سيدي عبد القادر الفاسي، وفي شرح العمل الفاسي، وفي مجالس القاضي المكناسي. والمسألة من الشهرة بمكان، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

تنبيه : محل ما قلناه في الموجودين، وأما من ولد للموصي بعد موته فلا يتناوله الايصاء قطعا، بل يقدم عليه القاضي. أما ذلك الوصي أو غيره إن ظهر له، قاله في مختصر المتيطية، والله أعلم.

وسئلت عمن أوصى بثلثه لأولاد أولاده الذكور، فمات عن أولاد ثم زيد لواحد من أولاده بنتان، فصار والدهما يستغله لهما إلى أن مات، والآن قام بقية ورثة الموصي وادعوا أن الوصية المذكورة خاصة بالذكور من الأحفاد، وأن لا حق للبنتين المذكورتين في الثلث بحال لا في رقبته ولا في غلته، لأن لفظ الولد في العرف خاص بالذكر، وإن كان في اللغة عاما في الذكر والأنثى، وأفتاهم بهذا جماعة من

علماء الوقت وحكم بفتواهم وأن لا دخول فيه للإناث، بل يجب رده على الورثة يستغلونه بينهم على فرائض الله حتى يوجد من الأحفاد ذكر أو أكثر، عملا بقول العمل الفاسي :

وغلة قبل وجود الموصي   له لوارث أنل تخصيصا

فهل يجب على البنتين رد ما استغلتاه من الثلث المذكور لتبين أن لا حق لهما فيه، أو لا يردان شيئا مما استغلتاه لكونهما كانتا يتصرفان فيه على أنه ملكهما حتى استحق من يدهما، ووقع الحكم به لغيرهما، فلهما شبهة في أكل غلته. وفي المختصر : (والغلة لذي الشبهة أو المجهول للحكم). وأيضا المسألة ليست قطعية لاختلاف العلماء في الولد، هل يختص بالذكر أو يعم الأنثى؟ فلا يتحقق رجوع الثلث المذكور للورثة إلا بحكم القاضي به، وإن قلتم بأن لا شيء على البنتين فيما استغلتاه لكونهما أخذتاه بوجه جائز، فهل إذا طلبهما الناظر على الثلث بما صيره في إصلاحه مدة استغلالهما من بناء وتسقيف وترقيع وبناء بعض الحوانيت، يجاب لذلك أو لا؟ والسلام.

فأجبت : الحمد لله، لا شيء على البنتين فيما استغلتاه من الثلث قبل الحكم به للورثة، لما نقله الحطاب وغيره عن العتبية، ونصه : قال مالك في صدقة تصدق بها رجل من نخل أو غلة على ولده، فرأوا ان النساء ليس لهن فيها حق فاقتسموها بين الذكور زمانا، ثم بلغ النساء ان لهن فيها حقا، فطلبن ذلك. قال : ياخذن فيما يستقبل، ولا يكون لهن فيما مضى من الغلة شيء. قال ابن القاسم : وذلك رأيي ونزلت فرأيت ذلك، وذلك بمنزلة ما قال لي في الدار يرثها الولد فيسكنون فيها الزمان، ثم ياتي ولد له آخرون لم يكونوا علموا بهم، أنهم لا شيء لهم فيما سكنوا. وقال سحنون : أخبرني علي بن زياد عن ملك أن الغيَّب يرجعون على الحضور بكراء حصصهم بما سكنوا، علموا أن ثم وارثا غيرهم أو لم يعلموا، ومحمل الغلة عندي محمل السكنى. (هـ). بلفظه. وقالوا في المشتري من الفضولي إن له الغلة إذا لم يعلم بتعديه، وكذلك مشتري الحبس إذا لم يعلم به له الغلة أيضا.

الحاصل أن البنتين حيث كانتا تستغلان الثلث بلا تعد منهما ولا معرفة أنه للورثة، كانتا من ذوي الشبهة فلا تباعة عليهما في ذلك. وأما ما صيره الناظر على الثلث في اصلاحه مدة استغلالهما، فلا يلزمهما فيه شيء، إذ ليس هو أي الصائر دينا متعلقا بذمتهما ولا بالغلة التي استغلتاها بعينها، وإنما هو متعلق بالثلث، فمتى قام الناظر يطلبه قضى له بأخذه من غلته في أي وقت قام حتى الآن، ومتى سكت عن طلبه فغلة الثلث المذكور للموصى لهم إن وجدوا أو للورثة إن لم يوجدوا. نعم لو قام هذا الناظر في زمن استغلالهما لكان له منعهما من غلته حتى يستوفي دينه على التمام. وهذا معنى قولهم : الإصلاح مقدم على انتفاع الموصى لهم بغلة الوصية أي إذا قام يطلب ثمن الاصلاح فإنه يقدم في الغلة، لا ان سكت عن طلب دينه حتى استغله الموصى لهم، فلا يردون عليه شيئا مما استغلوه، والله اعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن وصي قام عليه بعض محاجيره وزعم أنه لم ينفق عليه وطلب منه ان يعطيه نسخة من الشهادة بالإنفاق إن كانت عنده، فأعطاه نسخة من شهادة العدول واللفيف. أنه كان ينفق عليه ونسخة من شهادة على الحاضنة بأنها كانت تتوصل بما وجب له من الإنفاق، فبحث فيها بعض من لا يفقه شيئا وهو يزعم أنه مفت في الوقت: بأن تلك الشهادة فيها إجمال لعدم بيان شهودها قدر المال الذي كان ينفقه عليهم الموصي كل شهر.

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت بالعدول واللفيف أن الوصي أعلاه كان يدفع للحاضنة فرض أولادها الخمسة كل شهر من لدن وفاة والدهم إلى موتها، فلا إشكال في الزوجة ومواخذتهم به، وذلك أن الوصي أمين على محاجيره مأمور بالإنفاق عليهم مصدق في دفع النفقة لحاضنتهم إن كانوا في كفالته على الراجح أو مطلقا على مقابله، فإذا قامت البينة له على دفع الفرض كما هنا، ارتفع الخلاف ولم يبق في المسألة نزاع. قال الشيخ الرهوني في حواشيه نقلا عن المدونة ما نصه : ملك ويصدق في الإنفاق عليه إن كانوا في حجره ما لم يات بسرق، وان ولى النفقة غيره ممن يحضنهم من أم أو غيرها لم يصدق على دفع النفقة إلى من يليهم إلا

ببينة (هـ). ومثله لابن يونس ونصه من المدونة وإن كانوا في حجره يليهم قبل قوله ما لم يات بأمر مستنكر أو سرق من النفقة، ثم قال : وفي المدونة وإن كان يليهم غيره مثل أمهم وأختهم أو غيرهما. فقال : أنفقت عليهم أو دفعت النفقة إلى من يليهم وأنكروا لم يصدق إلا ببينة وإلا غرم. (هـ). وقال ابن عرفة الشيخ في كتاب محمد لابن القاسم إن قال الوصي : أنفقت على الأيتام أموالهم، فإن كانوا في حجره يليهم، فالقول قوله في السداد، وإن كانوا عند أمهم أو أخيهم أو غيرهما، لم يصدق إلا ببينة، يريد إن أنكروا في رشدهم. (هـ). وقال الزرقاني بعد أن قرر أن القول قوله في قدر النفقة أو في أصل الإنفاق أو فيهما سواء كان وصيا أو مقدما أو وصي وصي أو حاضنا أو كفيلا ما نصه : فإن لم يكن — أي اليتيم — في حضانته بل في حضانة حاضن وتنازع معه في ذلك لم يقبل قوله إلا ببينة. (هـ) فكتب عليه الشيخ الرهوني ما نصه : هذا هو المشهور، ومذهب المدونة خلاف ما يوهمه كلام ابن سلمون من أن المعتمد قبول قوله مطلقا لتصديره به. وكلام ابن سلمون هذا هو الذي نظمه في التحفة بقوله :

ويرجع الوصي مطلقا بما ينفقه وما اليمين ألزما

فقوله مطلقا أي سواء كانوا في كفالته أم لا. ونحوه في نوازل الشريف العلمي وطرر ابن عات، ونصه : قوله مقبول فيما دفع من النفقة إذا أشبه نفقة الأيتام في حضانته كانوا أو عند حاضنتهم من غير بينة. (هـ) فتحصل أن محل القولين إذا لم يكونوا في كفالة الوصي ولم تقم على الدفع للحاضن بينة. وعليه فالولي هنا له الرجوع بما أنفق على المحاجير اتفاقا، لقيام البنية على الدفع للحاضن بينة. وعليه فالولي هنا له الرجوع بما أنفق على المحاجير اتفاقا، لقيام البنية على الدفع لحاضنتهم. وأما قول من قالا : لا تصح شهادة هؤلاء الشهود هنا لجهلهم بقدر المدفوع وعدم ذكرهم له الخ... فغلط، لأن النزاع إنما هو في دفع النفقة للحاضنة. وأما قدر الإنفاق فالوصي مصدق فيه لا يحتاج إلى إقامة بينة عليه. قال في المختصر : والقول قوله في قدر النفقة الخ... وقال ابن الحاجب : ومهما نازعه الصبي في قدر النفقة فالقول قوله لأنه أمين. (هـ) ومثله في الجواهر، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به آمين. وتقيد عقبه الحمد لله، والصلاة والسلام

على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما. وبعد، فإن من أمعن النظر فيما أبداه المفتي أعلاه منصفا مراقبا عالم سره ونجواه علم بالضرورة علم يقين أنه حق التيقن إذ ما نسبه للأئمة هو محله المحال عليه وقاضي العصر حفظه الله من الضروريات لديه، فما رامه المحجور من الجحد بعد لا سبيل إليه. فالحمد لله الذي حفظ الدين بحفظ العلماء وزين الأرض كما زين بالكواكب السماء، وهل بعد العيان إلا الإذعان.

وليس يصح في الأذهان شيء إذا احتاج النهار إلى دليل

وما أورده المخالف قد تكفل برده المجيب، فكفانا شأنه فالزيادة عليه من التطويل، الذي ما عليه تعويل، وبالله سبحانه التوفيق. وكتبه عبد ربه العباس بن أحمد التازي لطف الله به (هـ).

الحمد لله وحده، وصلى الله على سيدنا محمد وآله، وبعد : فما أجاب به المفتي صدره حرس الله مجابته في النازلة عن أصلها وحكمها شرعا، واستعياب فصول الفتاوى الموضوعة عليها في غاية الوضوح والإفادة، واستدلاله على ذلك في نهاية الحسن والإجادة، إذ حاصلها من جهة صريح الفقه ولبه لمريد إيضاح الحق والخلاص من عقاب ربه أن الوصي ووصيه ومقدم القاضي والحاضن والكافل في ابن عمر إذا تنازع كل مع المحجور في قدر النفقة أو في أصل الإنفاق أو فيهما معا فلا يخلو إما أن يكون المحجور في حضانته أو في حضانة غيره كأمه، فإن كان في حضانته فالقول قوله اذا اشتبه وحلف وهو مراد الشيخ خليل بقوله : «والقول له في قدر النفقة» يعني أو في أصلها أو فيهما معا فلا مفهوم له، وعلل أبو الحسن ذلك في شرح المدونة بأنهم إذا كانوا في حجره يشق الإشهاد عليه في كل وقت وإن لم يكن المحجور في حضانته كما في النازلة. فالذي اعتمده ابن سلمون قبول قوله مطلقا، وهو الذي اعتمده في التحفة ايضا بقوله : ويرجع الوصي مطلقا أي أشهد أم لا، والمشهور ومذهب المدونة : أنه لا يقبل قوله إلا ببينة، وهو ما اعتمده الزرقاني والرهوني رحمهما الله. فإذا أحطت بهذا التحصيل علما علمت ضرورة أن النازلة من القسم الأخير، وهي جديرة بقبول قول المقدم إما مطلقا على ما لابن

سلمون وصاحب التحفة. وإما مع البينة كما في المدونة وهو المشهور. فأما على الأول فلا غرو أن النزاع ساقط من أصله. وأما على الثاني فالبينة قائمة للمقدم من قبل الشرع باللفيف والعدول بالإنفاق على المحجور فلم يبق إلا صد خصمه عن مشاجرته وقطع لججه ومشاحنته من غير التفات لزخارف الكلام التي يحاسب عليها المرء ويلام. والله أعلم. وكتبه خليل بن صالح الخالدي الحسني وفقه الله. (هـ).

تنبيه : تبطل الوصية بموت الموصى له قبل موت الموصي كما قال في التحفة، وليس من شيء لمن يوصى له، إلا إذا كان الموصي يموت قبله، ولهذا قال الشيخ الرهوني ذكر لي بعض الفضلاء من فقهاء نواحي الجزائر أن الخرشي ذكر أن الموصى له إذا مات قبل الموصي فلورثة الموصى له قبولها بعد الموت وإن في نسخة عج التي بيده نحوه وإن ذلك خلاف ما جزم به للخرشي ليس فيه، إنما فيه مثل ما تقدم عن الزرقاني، وقد نبهنا على مرادهما. وأما عج ففي النسخة التي بيدي منه نحو ما عزاه له، ونصه : ومنه تعلم أنه إذا مات الموصى له في حياة الموصي بعد علمه وقبل رده، فإن لوارثه قبول الوصية. (هـ). وأظنه تصحيفا لأن بطلان الوصية بموت الموصى له قبل موت الموصي معلوم مسلم منصوص عليه في كتب المتقدمين والمتأخرين المتداولة وغيرها حتى انه مذكور في الكتب المتيسرة لصغار الطلبة كشروح التحفة ولم يذكروا في ذلك خلافا إنما ذكروا الخلاف إذا بطلت بذلك وكان للموصي وصايا أخر فضاق عنها الثلث هل تعود لورثة الموصي ويحاصوا بها أرباب الوصايا أو تكون لأرباب الوصايا ؟ قال في كتاب الوصايا الثاني من المدونة ما نصه : وإذا مات الموصى له بعد موت الموصي فالوصية لورثة الموصى له علم بها أم لا، وإن مات قبل موت الموصي بطلت الوصية علم الموصي بموته أم لا. قال مالك وقاص بها ورثة الموصي اهل الوصايا في ضيق الثلث ثم تورث تلك الحصة وأكثر الرواة على أنهم يحاصون بها إن لم يعلم بموته ولا يحاصون بها إن علم. وقاله أيضا مالك. (هـ). منها بلفظها ونحوه لابن يونس عنها وزاد ما نصه : قال ابن نافع لأنه إذا علم بموته فكأنه أقر وصيته لمن بقي من أهل الوصايا، وقاله ابن المواز. قال سحنون : وإنما يحاص الورثة أهل الوصايا بوصية الموصى له إذا مات قبل

الموصي والموصي لا يعلم لأن الموصى له مات والأمر ان وصيته لمن أوصى له جائزة فلما بطلت بموت الموصى له رجع ما كان له إلى المال ودخل الورثة مدخله، فحاصوا أهل الوصايا بوصيته لأنه هو كذلك كان يحاصهم بوصيته انتهى. منه بلفظه. وقد ذكر اللخمي المسألة وزاد ثالثا فقال، ما نصه : فقال مالك مرة لورثة الموصي أن يحاصوا أهل الوصايا بنصيبه علم الموصي بذلك أو لم يعلم. وقال أيضا : لا يحاصوا به علم أو لم يعلم. وقال أيضا إن علم لم يحاصوا بنصيبه وان لم يعلم حاصوا به انتهى. منه بلفظه. ثم وجه الاقوال الثلاثة بما فيه طول. وقد صرح بالبطلان صاحب المفيد، ونصه : ولا يستحق الموصى له شيئا إلا بموت الموصي فإن مات قبله فلا شيء لورثته انتهى. منه بلفظه ووقع التصريح بالبطلان من غير ذكر خلاف فيه، في نهاية المتيطي ومختصراتها وغير ذلك من كتب أهل المذهب، وجلبها يطول بنا جدا. وفي بعض ما ذكرناه كفاية، فكيف بجميعه، والله أعلم. (هـ).

وسئلت عن رجل كان وصيا على محاجير حتى رشدوا وزوجهم وذهب كل واحد منهم لمحله، ومات هو أيضا عن ولد، وكان ــ أي الوصي ــ قيد حياته اشترى بلادا كثيرة باسم نفسه وتصرف فيها، ولما مات تصرف فيها ولده نحو العشرة أعوام، ثم بعد هذا كله قام المحاجير المذكورون على الولد، وزعموا أن الوصي إنما كان اشترى تلك البلاد بمالهم. فهل يسمع قولهم أو لا؟

فأجبت : الحمد لله، لا عبرة بقولهم ولا التفات إليه ولو ثبت أنه اشتراها بمالهم لأن الوصي المذكور حيث اشترى تلك الأماكن باسم نفسه فهي له ولأولاده من بعد موته، إذ كل من اشترى شيئا باسم نفسه فهو له حتى يثبت بالبينة انه نائب في شرائه عن غيره، ومنه نازلة السؤال. فالأملاك المذكورة للوصي حتى يقوم دليل على انه نائب في شرائها عن محاجيره وهذا منصوص عليه لغير واحد من الأئمة. ففي نوازل العلمي نقلا عن ابن رشد انه قال : ومن اشترى باسم نفسه شيئا فهو محمول على أنه اشتراه بماله حتى يثبت خلافه. ثم قال : وانظر إذا باع الزوج أصول زوجته واشترى بمالها أملاكا ثم مات ولم يبين هل اشترى للزوجة

أولنفسه. وفي نوازل ابن هلال وإن تحقق أن الثمن الذي باع أصول زوجته هو الذي دفعه في الاصل الذي اشتراه فليس للزوجة إلا ذلك الثمن. لأن اليد لا تكسب إلا لنفسها هذا هو الأصل، حتى يدل دليل أنه لغيرها. قلت وهذا هو الموافق لما نقلناه أولا عن ابن رشد. (هـ). وفيه كفاية، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت : عن فتوى لبعض أهل العصر نصها : الحمد لله، سئل كاتبه سامحه الله بمنه عن نازلة وهي أن دارا محبسة على أناس وأعقابهم، ثم ان الدار المذكورة قد ظهر خرابها وتداعت للقسوط جدرانها، كما هو ثابت بموجبه وليس للمحبس عليهم مال يصلحونها به، فهل تجوز معاوضتها بأصل يكون أغبط وأنفع للمحبس عليهم أم لا ؟

الجـواب والله الموفق للصواب : الذي جرى به العمل وأفتى به جماعة من الشيوخ المتأخرين هو جواز ذلك بشروط أشار لها أبو زيد الفاسي بقوله :

كذا معاوضة ربع الحبس الخ... وصرح بها صاحب العمل المطلق فقال :

وبالمعاوضة فيه عملوا على شروط عرفت لا تهمل
كون العقار خرباً وليس في غلته ما بصلاحه يفي
وفقد من يصلحه تطوعا واليأس من حالته أن ترجعا

قال شارح العمليات عند قول أبي زيد السابق ما نصه : يريد مما جرى به عمل فاس معاوضة ربع الحبس بربع آخر يصير الربع المحبس بيد آخذه ملكا ويصير الربع المأخوذ عوضا حبسا مكانه وذلك على شروط شرطها الأئمة وأسسوها الخ... وفي المعيار ما نصه :

وسئل عن دار محبسة على مسجد خربت وصارت رحبة فجاء رجل وبناها من ماله، وقال : أعطي فيها كذا وكذا دينارا. **فأجاب** : إذا أعطى في الرحبة التي أراد شراءها أصلا يكون حبسا عوضا منها ويكون في ذلك فضل بين ورجحان لجانب الحبس جاز، وأما بالثمن فلا ينبغي. (هـ).

والحاصل ان فتاوي الشيوخ في هذه المسألة صريحة في الجواز، وقد أفتى بذلك حافظ المذهب أبو الوليد ابن رشد رحمه الله وشيخ الشيوخ أبو سعيد ابن لب ومفتي تونس أبو حفص سيدي عمر القلشاني وغيرهم رحمة الله على الجميع وحشرنا في زمرتهم بجاه النبي الشفيع، وكتبه مسلما على من يقف عليه من السادات الأعلام عبيد ربه وأسير ذنبه محمد بن عمر السجلماسي لطف الله به آمين.

فأجبت : الحمد لله المسطر أعلاه من جواز تعويض الدار المحبسة التي ظهر خرابها الخ... صحيح معمول به وكذلك بيعها بالتمام وشراء غيرها مما هو أنفع جائز أيضا. كما نص عليه غير واحد ولكن لابد منَ الرفع للقاضي لحق الاولاد الغائبين الذين لا زالوا في العدم. قال ابن الناظم في شرح التحفة : أفتى ابن رشد في أرض محبسة عدمت منفعتها بسبب ضرر جيران أن تباع ويعوض بثمنها ما فيه منفعة على ما قاله محمد الحفار، وبذلك أفتى الأستاذ أبو سعيد بن لب الخ... وفيه مع ما سطر أعلاه كفاية، والله أعلم، قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به (هـ).

وأجبت عن مسألة بما نصه : الحمد لله، وأما الصدقة على الميت وقت إقباره وفي صبيحة الأيام الثلاثة بالدراهم والطعام على الفقراء والمساكين فليست من مؤونة تجهيز الميت، وإنما هي وصية بمقتضى العادة إن جرى بها عرف فتحط من الثلث إن كان الميت أوصى به وإن لم يوص بشيء فلا يزاد فيها على الثلث، ومن زاد عليه من القرابة أو الأوصياء أو غيرهم وأنفذه للفقراء ضمنه للورثة. ففي حاشية سيدي الطالب ابن الحاج ما نصه : وكذا لطعام الطعام للفقراء والمساكين المعروف بعشاء القبر أي جرى به العمل إن سلم من الرياء والسمعة، كما في الحطاب. وقيده الجزولي بأن لا يترك أيتاما صغارا إلا أن يوصي بذلك الميت ولم يزد على الثلث (هـ).

وفي المعيار، أن ابن لب **سئـــل** عن الطعام الذي يصنع للقراء على الميت وغيرهم عند تمام سابعه ذكر بعض الناس أنه ممنوع ولا يجوز أكله، وفاعله ما قصد إلا الترحم على الميت وصلة الأرحام.

فأجاب : أن المحظور من مثل ذلك إنما هو فعله على أنه دين وشرعة وأنه من حق الميت على أوليائه، فهذا بدعة، وأما فعله على الوجه الذي أشرتم اليه فلا حرج فيه. انتهى باختصار ومثله في نوازل الوصايا للشريف العلمي عن سيدي محمد بن سودة ونصه :

وسئل شيخ شيوخنا سيدي محمد بن سودة عن الميت يوصي بعشاء قبره من الزرع وغيره، ثم في بعض المداشر يقع ذلك من غير إشهاد، ثم إن أولياء الميت يجهزونه. إما على حسب الوصية، وإما بتبديل بزيادة أو نقص. فهل يجوز لمن حضر دفن الجنازة أكل هذا الطعام أم لا؟

فأجاب : ومن خطه نقلت أن الذي أجاب به ابن لب عن نحو سؤالكم أن الممنوع منه ما كان يفعل على أنه دين وشرعة وأنه من حق الميت على أوليائه، كما يفعله كثير من الجهلة على هذا الوجه المذكور ويقصدون بفعله هذا المقصد. فهذه بدعة وتقول على السنة، فهذا الصنيع لا ينبغي ان يختلف في تحريم الأكل منه، لأنه تقرير للبدعة ورضى بها وإعانة لأهلها عليها. قال ابن لب : وأما صنع ذلك على وجه الاستحباب للنفوس واستنهاض القلوب بالدعاء والترحم على الميت حتى يظهر لهم بذلك أن فيمن بقي خلفا عن سلف، فهذا قصد حسن، وإنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء ما نوى. فهذا أصل من الأصول المعتمدة في الأقوال والأفعال.(هـ). كلامه وبعضه بمعناه. ثم لا يختلف في جواز الأكل من هذا الأخير، إذ لا محظور فيه إلا إن عارضه تصرف في مال محجور صغير أو كبير، وإما بوصية من ثلث ماله أو من ورثة غير مولى عليهم، فلا بأس بالأكل والله أعلم الخ...

وفي وصية الإمام المحقق ابن زكري التي وجدت بخطه بعد وفاته ما نصه : وليكن الدفن بين ساداتنا الشرفاء الطاهرين أو بجوارهم يشترى لي موضع هنالك من ثلث متخلفي إن شح الوارث إلى أن قال : وأؤكد الوصية على عدم اجتماع النساء ومع من حضر منهن من البكاء بالصراخ والصوت العالي، فإن النوح حرم عقب غزوة أحد، وأوصي من حضر من أهلي ان لا يجعلوا لمن حضر من النساء

طعاما، فإن ذلك من البدع المنهي عنها، وقد ورد فيه تشديد ذكره القرطبي في التذكرة. (هـ). فتبين من هذا أن ما أوصت به الشريعة مما زاد على مؤن تجهيزها من غسل وكفن وحمل وإقبار يحط من الثلث اي الموصى به، والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني الحسني العمراني لطف الله به (هـ).

الحمد لله؛ وفي شرح تكميل المنهاج لقوله :

فإن يقل نصف لوالد عمرو ونصفها لولد زيد فادر

إلى قوله : فاقسمن مسجلا ما نصه : وأما ما ذكر من تسوية الذكر والأنثى فقد قال في المدونة : من قال ثلث مالي لولد فلان، وقد علم أنه لا ولد له جاز وينتظر أيولد له أم لا، ويساوي فيه بين الذكر والانثى (هـ). وإلى ذلك يشير الأجهوري :

والولد اسم عند من يحقق على الذكور والإناث يطلق

وقد **سئل** شيخ شيوخنا أبو العباس الهلالي رحمه الله تعالى ونفعنا به وبأمثاله، آمين. عن لفظ الذكور في قول شاهدي الرسم تصدق فلان على أولاد أولاده الذكور، وهل هو وصف لمتلوه أو متلو متلوه. **فأجاب** : إن أمكن استفسار شاهديه فالعمل على ما فسرا، وإن تعذر فمقتضى القواعد انه وصف لاول المتضايقين لأنه المحدث عنه، وثانيهما مسوق لتقييده فقط، ولا يعارض بأن مرفوع الوصف ضمير غيبة والقاعدة فيه أن لا يعود لغير الأقرب إلا بدليل كما في التسهيل وغيره لأن القاعدة خاصة بغير ما تردد بين العود للمضاف والمضاف إليه. ثم إذا كان الوصف بالذكورية خاصا بالمضاف كما مر بقي لفظ الاولاد المضاف اليه عاما مستغرقا للبنين والبنات، كما شمل النوعين بالإجماع قوله تعالى : ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾ أما إذا خصص العرف في بلد الموصي لفظ الأولاد بالذكور، فيجب اعتبار تخصيصه حسبما تقرر من راعاة العرف في لفظ الموصي كالمحبس والمقر.(هـ) ما وجدته على طرف كتاب قال كاتبه إنه منقول من خط الهلالي المذكور. (هـ).

وفي المعيار عن ابن لب رحمه الله أنه **سئل** عن الذي يعهد بثلثه ليصرفه المعهود له على غيره. **فأجاب** : الحكم في المسألة إبطال العهد ويصير المعهود به ميراثا إن ثبت قصر الصرف من العاهد باعتراف المعهود له بذلك، وإن لم يثبت وحقق عليه الدعوى فيحلف، وإن اتهم بذلك فقط ففي إحلافه قولان على أيمان التهم باختصار.

وأجـــاب :بنحوه ابن منظور. والحاصل ان الصواب ما قاله المعارض والله أعلم. (هـ).

وسئلت عمن أوصى لأحفاده أولاد ولديه فلان وفلان بثلث متخلفه وعينه لهم في دار سكناه التي بحومة كَرنيز من فاس، يكون ملكهم ومالهم على وجه الوصية النافذة بعد الموت، ومن مات منهما عن غير عقب رجع نصيبه لأولاد أخيه فمات أحد الولدين قبل أن يتزوج، وانحصرت الوصية في الولد الآخر، ثم ان هذا الولد الباقي ازدادت له بنتان، ولما أراد استغلال الدار لهما حتى يوجد غيرهما ويدخل معهما، وجد هذه الدار الموصى بها ساقطة لا يمكن الانتفاع بها إلا بعد بنائها وإصلاحها ولا مال لهما أي للبنتين، فهل لفظ الأحفاد المذكورة في الوصية يتناول حتى البنات أو لا ؟ وإن قلتم بالتناول، فهل يباع من الدار بقدر ما تبنى وتصلح به أو تعوض كلها بدار أخرى أو تباع ساقطة ويشترى بثمنها اخرى مبنية كاملة لأنها أي الدار الموصى بها بمحل يغبط للسكنى فتساوي إذا بيعت ساقطة دارا أخرى بمحل آخر كاملة مبنية الخ...

فأجبت : الحمد لله، قول الموصي لأحفاده أولاد ولديه : يصدق الخ... بالذكور والإناث. ففي الزرقاني نقلا عن القاموس ما نصه : حفدة الرجل بناته أو أولاد أولاده كالحفيد. (هـ). وفي البيضاوي : وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة أولاد أولاد أو بنات، فإن الحافد هو المسرع في الخدمة، والبنات يخدمن في البيوت أتم خدمة. (هـ). وقال بعض المتأخرين : الحفيد ولد الابن ذكرا كان أو أنثى، وولد البنت كذلك وتخصيصه بولد الذكر وتخصيص ولد الانثى بالسبط عرف طارىء على أصل اللغة فقوله : أولاد الأولاد أي أولاد البنين ذكورا كانوا أو

إناثا وأولاد البنات كذلك فيعمم في كل من المضاف والمضاف اليه لما هو معلوم، أن لفظ الولد يشمل الذكر والانثى بخلاف لفظ الابن. (هـ).

وفي المدونة من قال : ثلثي لولد فلان. وقد علم أنه لا ولد له جاز. وينتظر أيولد له أم لا، ويساوى فيه بين الذكر والأنثى. (هـ). وفيها أيضا قيل له : فإن قال ثلثي لولد فلان وولد ذلك الرجل عشرة ذكور وإناث. قال : وأما إن أوصى بثلثه لولد فلان وكانوا عشرة ذكور أو إناثا، فإن ما أوصى لهم به من وصية ناجزة فذلك على عدتهم بالسواء. وأما الوصايا فلا أحفظ قول مالك فيها، ولكني أراها بينهم بالسوية. (هـ) باختصار.

وإذا تقرر هذا فنقول : لا بد من الرفع للقاضي في هذه النازلة لحق الغائب الذي لم يوجد الآن. قال في المختصر : وإنما يحكم في الرشد وضده، والوصية والحبس المعقب وأمر الغائب القضاة الخ... وعليه فإن اقتضى نظره بيع جزء منها فقط، فلا إشكال، وإن اقتضى نظره تعويضها بأخرى أو بيعها بالثمن وشراء أخرى، فلا بأس بذلك أيضا. لأن هذه الدار قبل انحصار أولاد الولد محبسة والحبس يجوز تعويضه وبيعه إذا خرب. ففي جواب للعلامة سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي نقلا عن أجوبة أبي إسحاق التونسي في الوصية لأولاد فلان، أو ما يتزايد لفلان انها تكون حبسا موقوفا ما دام الأب حيا لا تباع ولا توهب ولا يستشفع بها ولا تورث عمن مات منهم قبل موت الأب. فإذا مات الأب، فهي من قبيل الهبة المتملكة التي تورث وتفوت بأنواع الفوت ويستشفع بها. قال : وهو قول أشهب وابن عبد الحكم وأصبغ ومطرف في النوادر وابن حبيب في الواضحة وعبد الوهاب وهذا نص الإمام المازري. قال الشريف العلمي بعد نقله ما نصه : وأجاب عقبه شيخنا أبو عبد الله سيدي محمد أبو مدين : الحمد لله، الحظ الذي وجب للأحفاد لا يباع استقلالا، كما في الجواب أعلاه. وأما بيعه بحسب التبع والجبر من الأب المشارك لأولاده بالثلثين فلا مانع منه ولا يسقط حقه من التصفيق عليهم لعدم وجود جميعهم الخ... انظره، وحيث كان حبسا موقوفا فيجوز بيعه حيث خرب ويستبدل غيره مما هو أحسن منه، وقد نص على جواز بيعه وجرى العمل به صاحب المعيار في آخر نوازل الاحباس فقال جرى العمل

عندنا ببيع ما لا نفع فيه منها أي الأحباس. (هـ)، ومثله في مجالس المكناسي ونظمه السجلماسي فقال :

وما من الحبس لا ينتفع   فليس البيع فيه يمنع

والله اعلم.

قاله وكتبه المهدي تاب الله عليه. (هـ)، وراجع ما قدمناه في نوازل الحبس من فتوى الوزاني وغيره في هذه المسألة ولا بد ولا بد.

وسئلت عمن أوصى بثلث ماله لامرأة بفاس وهو بوجدة ثم مات بتلمسان فقسم ماله ولم تتكلم الموصى لها إلا بعد عام ونصف من وقت القسمة، استظهرت بالوصية المذكورة عند قاضي فاس فأثبت الورثة ببينة أن الموصي لما حضرته الوفاة بتلمسان حضر عنده نحو العشرين رجلا وسألوه أن يوصي بثلث ماله لكونه لا ولد له ذكر. فقال لهم : إنه ما أوصى لأحد بشيء أصلا ولا يوصي لأحد، وإنما تقسم تركته على فرائض الله، وقد كان صدرت منه يمين بأن لا يوصي الخ... فأفتى بصحة الوصية بعض أهل العصر وأن لا عمل على إنكار الموصي الوصية عند الموت لأن من أثبت مقدم على من نفى، كما هو معلوم الخ...

فأجبت : الحمد لله، الوصية باطلة لا يعتد بها، لما ثبت من إنكار الموصي في مرض موته كل وصية تظهر عليه، وإشهاده الشهود بها إنما ثبت من إنكار الموصي في مرض موته كل وصية تظهر عليه وإشهاده الشهود أنه لم يتقدم منه إيصاء أصلا. وقد نص العلماء على أن إنكار الوصية يعد رجوعها عنها. ففي حاشية الشيخ الرهوني عند قول المختصر : «وبرجوع فيها» ما نصه : أي ولو حكما كإنكار وصيته لقول أبي الحسن عند قول المدونة : وللموصي أن يغير وصيته ويرجع الخ... ما نصه : ولو أنكر الوصية وشهد بها عليه الشيخ ذلك رجوع لأنه يقول هب أني أوصيت فأنا أرجع. وقد يطلق الرجوع على الإنكار، كما قالوا في شهود الأصل مع شهود النقل. (هـ). وهو صريح في عين النازلة فيجب الوقوف عنده. قال المكناسي في مجالسه : والوصية من العقود الجائزة غير اللازمة، لأن الموصى له إن يرجع عن وصيته كلها أو بعضها ويفعل فيها في حياته

ما أراد من غير خلاف في المذهب. (هـ). وأيضا في قول شهيديها في المرأة الموصى لها الصبية غيئة. مع كونها بالغة بل معنسة وقولهما أيضا في الموصي ابن عودة ابن الحاج الهاشمي الخ... مع كون الهاشمي ليس بحاج دليل على تثبتهما تأمله. وظهر مما قررناه أن قول من قال إن بطلان الوصية بالرجوع عنها انما يكون بأمور ذكرها خليل وغيره، وليس هذا منها الخ... غير صحيح لما تقدم عن الرهوني : إن هذا منها، وكذلك قوله : إن هذه مثبتة والأخرى نافية الخ... لا عبرة به. أما أولا : فإن ذلك مصادم للنقل وأما ثانيا : فإن محل تقديم المثبتة على النافية إذا لم يكن الجمع بينهما، كما هنا وإلا فيصار إليه فيمكن أن يكون أوصى أولا ثم رجع عن ذلك لما حضرته الوفاة، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

ثم عارض ما كتبناه بعض المعاصرين بأن شهادة الانكار لا يلتفت إليها لأنها وقعت بتلمسان، وقاضيها مولى من قبل النصارى فلا يصح خطابه ولا شهادة الشهود عنده، فخطابه كالعدم على رسم الإنكار، وقد نص ابن عرفة على أن شرط قبول خطاب القاضي صحة توليته الخ...

فأجبت : الحمد لله، نص الحطاب في فصل إزالة النجاسة من شرحه للمختصر، على أن العمدة في كل مسألة على المنصوص فيها. ونقله الشيخ الرهوني في مواضع من حواشيه مستشهدا به، ونقله غيره كذلك. وعليه فيتعين بطلان الوصية المحدث عنها لما ذكرناه من نص أبي الحسن أن إنكارها رجوع عنها، إذ هو نص في عينها، وما ذكر من كون الشهادة وقعت بتلمسان الخ... كلام لا محصول له. ففي اختصار الإمام حلولوا لنوازل البرزلي ما نصه : وإن ولاه الكافر إما لطلب الرعية له أو إقامتهم له للضرورة إلى ذلك، فلا يقدح في حكمه، فإن أهل المكان يقومون مقام السلطان عند فقده وأقيم من المدونة وعن مطرف وابن الماجشون : إذا خرج باغ على الإمام وغلب على بلده فولى قاضيا عدلا فأحكامه نافذة. (هـ). وهو صريح في النازلة، وما نقله المفتي عن ابن عرفة نقله المواق أيضا في شرح المختصر. ولكن لم يقتصر عليه بل زاد. ونصه : ابن عرفة شرط قبول خطاب القاضي صحة ولايته بوجه احترازا من مخاطبة قضاة أهل الدجن، أي المسلمين

الذين استولى عليهم العدو كقاضي مسلمي بلنسية. وقال : قيل ذلك لم يجعلوا قبول العدل الولاية للمتغلب جرحة لخوف تعطيل الأحكام. (هـ). وقال سيدي ابن علال رحمه الله : إذا استولى الكفار على إقليم فقدموا قاضيا على المسلمين، فلا أذكر نصا لأهل المذهب. وقال عز الدين ابن عبد السلام : إذا ولَّوا قاضيا فالذي يظهر إنفاذ ذلك جلبا للمصالح العامة ودرءا للمفاسد التامة، انظر تمامه. وأيضا فعلى تسليم أنهم غير عدول فتجوز هنا شهادتهم للضرورة، سيما والبلد مشحونة بآلاف من المسلمين يصلون الخمس والجمع ويقرأون القرآن ويقيمون شعائر الإسلام، وقد قال بعض الأئمة : إذا استولى العدو على بلد من بلاد المسلمين لا يحكم عليهم بالكفر ما داموا يقيمون بها شعائر الإسلام والله اعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ). وراجع ما قدمناه في نوازل الشهادات.

وسئلت عمن وهب في مرض موته لبعض أولاده وهو عبد الرحمن والحسن وعبد القادر جميع مصرية داره وزينة حانوته اللتين بمحل كذا وإذن والدتهم في حوزهما لهم لصغرهم مشهدا الواهب المذكور أنه إن لم يجز بقية الورثة الهبة لهم فقد أوصى بثلثه لأحفاده من أولاده الثلاثة،بثلثه لاحفاده من يكون ما لهم وملكهم الخ...

فأجبت : الحمد لله، من المعلوم أن كل ما يصدر من الإنسان في مرض موته من هبة أو صدقة أو حبس أو نحو ذلك هو وصية وعليه فالهبة المذكورة لبعض الأولاد باطلة إذ لا وصية لوارث. ففي جواب لابن لب ما نصه : منذ كان الواهب وقت الهبة ملتزما للفراش واتصل حاله كذلك ولم تظهر له إفاقة إلى أن توفي بعد ذلك بالأشهر اليسيرة فهبته لورثته باطلة. (هـ). نقله ميارة والعلمي. وقال في التحفة :

صدقة تجوز الا مع مرض موت... البيت

أي الصدقة جائزة، بل مندوب إليها، إلا أن تصدق في حال مرضه ومات من ذلك المرض، فإنها تبطل، لحق الورثة، وتصير وصية، فإن كانت بالثلث فدون

ولغير وارث صحت، وإلا توقفت على إجازة الورثة. قاله الشيخ التاودي في شرحها. وفي حواشي الشيخ بناني ما نصه : وأما المريض فكل ما فعل فهو في الثلث مطلقا أشهد أو لم يشهد. قال في المدونة : وكل صدقة أو حبس أو عطية أو هبة بتلها مريض لرجل بعينه أو للمساكين فلم تخرج من يده حتى مات، فذلك نافذ في ثلثه كوصاياه. (هـ). وإذا تقرر أن الهبة المذكورة باطلة لكونها وصية لوارث فقول الواهب فيها إن لم يجز الورثة الهبة، فقد أوصى بثلثه لأحفاده الخ... باطل أيضا لقول المختصر مبالغا على البطلان ولو قال أي الموصي إن لم يجيزوا فللمساكين الخ... قال الزرقاني : بطلت لأنه لما بدأ بذكر الوارث دل على قصد الضرر، وما قصد به الإضرار لا يمضي، لقوله تعالى في الموصي (غيرمضار) ولخبر لا ضرر ولا ضرار. (هـ). ومثله قول ابن الحاجب : فإن قال ــ أي الموصي ــ إن لم يجيزوا فهو للمساكين كان ميراثا. التوضيح. فإن لم يجيزوا الوصية للوارث، رجعت ميراثا ولا تنفذ للمساكين لأنه قصد بالوصية الضرر الخ... وفي المفيد من أوصى لوارثه بشيء وقال ان لم يجزه الورثة فهو في المساكين أو في نوع من سبيل الخير فلم يجزه الورثة، كان مردودا ميراثا ولم يكن في المساكين ولا في تلك السبيل، وإن أجازه الورثة للوارث جاز الخ... والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

والذي يرشد إلى هذا هو تنصيصه في الخبز، فلعله إنما سكت عن تكرار شراء القمح لكونه كان يعتقد ان ثلث ماله لا يكفي للتكرار كل سنة وإن قلتم بعدم جواز تكراره كل سنة فهل يؤخذ التكرار مما في المعيار عن العبدوسي، ونصه : أن ما يغلب على الظن ان لو كان المحبس حيا وعرض عليه لرضيه واستحسنه يجوز إحداثه في الحبس. (هـ). وما هنا كذلك لأن الموصي لما صدر بإعطاء القمح لضعفاء الأشراف الخ... وجعل ما فضل عنهم يشترى به خبز ويعطى لغيرهم. فهمنا أنهم عنده اهم وأولى بقرينة التصدير، أو لا يجوز ذلك وقوفا مع لفظ الموصي وعليه فأين مصرف هذا المال الفاضل عن الخبز بينوا ذلك ولكم الأجر.

فأجبت : الحمد لله، حيث كان في مستفاد تلك الأصول سعة لشراء القمح كل سنة وللخبز الموصى بتفريقه كل يوم وجمعة فإنه يكرر شراء القمح ويعطى لمن ذكر كيف ذكر في الوصية لكونه أقرب إلى قصد المحبس، ففي الحطاب ما نصه : من قال يخرج عني ثلث ما أخلفه فمنه لكذا ومنه لكذا، وسكت عن باقي الثلث إن الباقي يصرف للمساكين على القول المعمول به. (هـ). تأمله وراجع ما قدمناه فيمن أوصى بثلث ماله وعين منه أشياء ثم إنه فضلت فضلة والله أعلم الخ... قاله وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عمن أوصى لأولاد بنتيه فلانة وفلانة بالثلث فماتت واحدة منهما عن ولد ذكر وولدت الثانية أربعة أولاد وانقطعت ولادتها نحو خمسة أعوام فقام الأحفاد الموصى لهم وطلبوا رسوم الأصول المعينة لهم في الثلث، وهي تحت يد رجل امتنع من دفعها لهم، فهل يجابون لذلك، ويجبر الرجل على إخراج الرسوم من تحت يده، إذ لا حق له فيها ولا أمل من أخذ نسخة منها أو لا يجابون الى ذلك الخ...

فأجبت : الحمد لله، حيث كان الثلث موصى به للأحفاد ووجدوا وصاروا يتصرفون في غلته وطلبوا رسوم الأصول المعينة للثلث فإنهم يجابون لذلك ولا وجه لمنعهم من ذلك. أما الولد الذي ماتت أمه فقد ملك واجبه من الثلث ملكا حقيقيا لحصول الاياس من ولادة أمه بموتها. وأما الأولاد الأربعة، فكذلك لكونها ــ أي أمهم ــ أيست من الولادة لأن المرأة إذا كانت متزوجة بزوج حاضر وهو مسترسل عليها وكانت عادتها الولادة وانقطعت عنها نحو الخمسة الأعوام بغير سبب مع الكبر، فذلك إياس في العادة وهو كاف، إذ لا يشترط الإياس العقلي. بل وإن قلنا على سبيل التنزل إنها الآن غير آيسة فأولادها يستحقون الرسوم أو نسخة منها لأن تلك الأصول هي الآن حبس عليهم حتى تنقطع ولادة أمهم بموت أو كبر فتصير ملكا، لما ذكره الشيخ ميارة في شرح تكميل المنهج، نقلا عن أبي إسحاق التونسي في الوصية لأولاد فلان أو ما تزايد لفلان إنها تكون حبسا موقوفا ما دام الأب حيا يعني أو يحصل الاياس من ولادته. كما في عبارة غيره، ونقله الشريف العلمي في نوازله، والحاصل أنه إن شهدت إمرأتان من القوابل بأن هذه المرأة آيس من ولادتها لكبر سنها وانها انقطعت ولادتها

بحسب، فلا إشكال في حصول ملك رقبة الموصى به للاحفاد وإن لم يحكم بذلك قاض، والله أعلم. والدليل على استحقاق الأحفاد للرسوم أو للنسخة منها مطلقا أي سواء قلنا بالملك أو بالحبس، ما ذكره العلامة السجلماسي لدى قول ابي زيد الفاسي :

ونسخة خذ من شراء البائع البيت...

ونصه من الواضح أن سائر العقود التي تنقل الأصول بها من ملك الإنسان إلى غيره من هبة أو صدقة أو نكاح أو سياقة أو قسمة أو مخارجة، كل ذلك بمنزلة البيع يجب نسخ رسومه لمن انتقل الملك إليه إذا طلب لما له في ذلك من المنفعة، فقول الناظم من شراء البائع، خرج مخرج الغالب. (هـ). تأمله والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

وسئل القاضي العدل سيدي العربي بردلة عن نازلتين.

إحداهما : دار خرج ثلثها الوصية بالثلث لمن يولد ولم يولد بعد، ثم بيعت بحكم الصفقة ولم يوقف القاضي ثمن حصة الموصى لهم كما هو المنصوص للبرزلي وغيره بل اشترى بالثمن دويرية فهل يصح هذا الشراء أم يفسخ.

ثانيهما : دار خرجت في الثلث الموصى به لمن يتزايد عند أولاد الموصي الأربعة ولم يتزايد إلا لولدين، ثم استولى الخراب على هذه الدار لعدم ما تصلح به، وشهد أرباب النظر والبصر بتزايد الخراب إذا لم تصلح، فهل تباع هذه الدار من هذا السبب ويوقف الثمن، أو تصلح من الغلة ولا تباع؟

فأجاب عن الأولى : بأن الوصية إذا كانت لأول مولود مثلا، فهو الذي يكون حكمه حكم الغائب، أما إن كانت الوصية لمن يولد لفلان مثلا، فإنهم نصوا على أنه يشترى بالعين ربع، ثم من جملة ما عللوا به شراء الرباع أنه مال مامون، وأن المال الغير المأمون معرض للضياع، وهذه العلة وهي التعريض للضياع تجري حتى فيما إذا كان لأول مولود مثلا والله أعلم. وعن الثانية أنها من الغلة ولا تباع. (هـ). من نوازله.

قلت : أما قوله يشترى بالعين ربع.الخ... فذكره في المعيار وفي شرح ميارة على التحفة ما نصه : إن كان الموصى به أصلا فذلك المراد يبقى أصله وينتفع بغلته الموصى لهم به، وإن كان عينا اشترى به أصل، وكذا إن كان عرضا بيع واشتري به الأصل، لأن غير الأصل معرض للضياع، وقيل يتجر به لمن ولد منهم وجمع بعض المتأخرين بين القولين. فقال : إن كان كثيرا يكفي لشراء أصل ينتفع به، اشتري وإلا تجر به. (هـ). وأما قوله : إنها تصلح من الغلة ولا تباع، فمراده إنها تكرى بما تصلح به ولو إلى سنين كثيرة، لأن الفرض أنه لا مال للإصلاح كما في السؤال أي تكرى لمن يقدم فيها ما تصلح به، وإن طالت مدة الكراء وأكريت برخص ولكن هذا خلاف ما به عمل أهل فاس من جواز المعاوضة في ربع الحبس لأن هذه الدار قبل انحصار الموصى لهم حبس كما تقدم، فتجري على حكمه الذي قاله ابو زيد الفاسي في عملياته.

كذا معاوضة ربع الحبس على شروط أسست للمؤتسي

بل ويجوز فيه البيع أيضا بالناض ويشترى به غيره مما هو أنفع منه كما قال السجلماسي :

وما من الحبس لا ينتفع به فليس البيع فيه يمنع

والحاصل أن كراء الحبس لمن يقدم فيه ما يصلح به وهو المسمى بالاستغراق عند أهل فاس، لا يجوز اليوم بحال، لانه يؤدي إلى انقطاع الحبس بالكلية، كما هو مشاهد فلا يقول اليوم بصحته إلا جاهل قليل الخوف من الله تعالى، والله الموفق.

وسئلت عمن أوصى بجميع ثلث متخلفه من بعد موته على أن يكون جميع ما ناب الثلث اصلا موقوفا يشترى من مستفاد عشرة أوسق من القمح يفرق نصفها على ضعفاء الشرفاء بهذه الحضرة الإدريسية ونصفها الآخر على الفقراء والمساكين من غيرهم بها، وما يفضل بعد ذلك يشترى بنصفه كل يوم خبز يفرق على الفقراء بباب ضريح مولانا ادريس نفعنا الله ببركاته، والنصف الآخر يجمع إلى

كل جمعة ويشتري به خبز يفرق على ضعفاء المساجين الذين بزبالة النصارى بفاس الجديد، ثم إن مال الموصي نما وعظم قيد حياته بحيث صار يسع ما ذكر بأضعاف فهل يجوز تكرار شراء ما ذكر من القمح كل سنة كالخبز المكرر كل يوم جمعة ويعطى للأشراف وللفقراء والمساكين، كما صدر به الموصي حملا للمطلق وهو القمح على المقيد الذي هو الخبز نظرا لقصد الموصي الذي عليه عمل فاس :

وروعي المقصود في الأحباس   لا اللفظ في عمل أهل فاس

الحمد لله، ساداتنا الأعلام أئمة الهدي ومصابيح الظلام، جوابكم عن امرأة ماتت وكانت أوصت بجميع ثلث متخلفها لأولاد أولادها وهم سيدي محمد وزهور والحبيبة.الخ... ثم إن الولد الذكر مات عن غير عقب والحبيبة ماتت عن بنت وزهور تزايد عندها أربعة أولاد وثبت إياسها من الولادة بشهادة امرأتين من القوابل لكبر سنها، ومضى نحو أربعة عشر عاما من انقطاع ولادتها وزوجها مسترسل عليها ولم تلد فهل ملك الوصية الأحفاد الموجودون الآن لوجود الإياس المشترط في تلك الأحفاد الموصى لهم أو لا زالوا لم يملكوها إلى أن تموت زهور المذكورة جوابا شافيا والسلام عليكم ورحمة الله كافيا.

والجواب : الحمد لله، حيث ثبت إياس المرأة زهور أعلاه من الولادة بشهادة امرأتين مقبولتين عند القاضي فذلك موجب لملك الأحفاد الثلث الموصى به لهم الملك الحقيقي بحيث يباح لهم فيه البيع والشراء وجميع أنواع التصرفات، لأن الذي به عمل المتأخرين أن الثلث الموصى به للأحفاد ينتفع بغلته فقط قبل انحصارهم وحصول اليأس من زيادتهم، فمن ازداد قبل الانحصار فله الغلة فقط، ومن مات قبل الانحصار فلا شيء لوارثه، فإن انحصر والموت أصلهم أو بحصول الاياس من زيادتهم كما هنا، فإنهم يملكون رقبة الشيء الموصى به حين الانحصار، فمن كان موجودا منهم حينئذ دخل في ملك رقبته، ومن مات قبل ذلك فلا شيء لوارثه. قال الإمام سيدي العربي بردلة في أجوبته : إن كان الثلث لجميع العقب، فإن مات قبل انقطاع العقب لا شيء له ولا لورثته، على القول الذي عليه العمل، ومن بقي إنما له الاستغلال ولا يملك رقبة الثلث إلا من كان موجودا من العقب

يوم انقطاع العقب بموت الابنة أي الموصى لأولادها مثلا فيكون للموجودين إذ ذاك ملكا يختصون به ولا يحيى الميت بالذكر على ما جرى به العمل والله أعلم. (هـ). وتقييد عقبه الجواب اعلاه صحيح، وكتب محمد بن عبد القادر الفاسي. (هـ). فانظر قوله بموت الابنة مثلا، أي أو حصول الإياس من الولادة إذ المعتبر هو انقطاع الولادة وهو كما يحصل بالموت يحصل بالإياس ولذا عبر بعضهم بالانقطاع وبعضهم بالإياس وبعضهم بالموت وبالضرورة أن الإياس في الرجال يكون بالموت أو بحصول مانع، وفي النساء يكون بالموت أو بالكبر. قال أبو العباس الهلالي شارح خطبة المختصر : والوصية لمجهول ياتي، لا يتحقق ملك الرقبة فيها إلا بانقطاع النسل، لتحقق المالك على ما جرى به العمل، وصرح بعض المحققين بمشهوريته، وعدم عد من مات قبل انقطاع النسل بالذكر. (هـ). والحاصل أنه حيث ثبت إياس المرأة الموصى لأولادها من الولادة فلا إشكال في تحقق ملك الأحفاد للموصى به، وظاهر كلامهم بل صريحه أنه لا يشترط حكم الحاكم بذلك، بل يكفي الثبوت بالمرأتين حيث كانتا عارفتين عدلتين، فبمجرد شهادتهما لدى القاضي وقبولهما له، يملك الموصى لهم الثلث الموصى به. قال في التحفة :

وفي اثنتين حيث لا يطلع إلا النساء كالحيض ممتنع

وفي المختصر : ورجع في قدر الحيض هنا هل هو يوم أو بعضه. وفي أن المقطوع ذكره أو أنثياه، هل يولد له أو لا للنسائ.الخ... والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

ووقع **السؤال** عمن وجد من الأحفاد الموصى لهم واستغل الموصى به مدة، ومات قبل انحصارهم، فهل تعود الغلة للورثة أي ورثة الهالك كما كانت قبل وجوده، أو توقف لمن يولد بعده من الأحفاد أو تكون لورثته؟

والجواب بأنها تعود لورثة الموصي كما كانت قبل وجوده، إن لم يكن هناك غيره من الاحفاد وإلا فهو المستحق لها، وقد يشملها قول العمل الفاسي :

وغلة قبل وجود الموصى له لوارث أنل تخصيصا

لأن كل واحد من الأحفاد موصى له، فكما تكون الغلة قبل وجود الأول منهم للورثة كذلك تكون لهم قبل الثاني إذا مات الأول، وقبل الثالث إذا مات الثاني، وهكذا فيصدق على كل واحد منهم قوله :

وغلة قبل وجود الموصى له لوارث. الخ...

ويوضح له ذلك أن الأئمة نصوا على أن الغلة بعد موت واحد منهم لا تورث عنه ولا توقف لمن يوجد بعده فلم يبق إلا صرفها على الورثة، حتى يوجد واحد منهم في المستقبل فيستحقها. وإنما رجعت إلى الورثة بعد موته، لأنه لم يملكها ملكا حقيقيا، بدليل أنها لا تورث بعد موته، وإنما له التصرف فيها مدة حياته فقط كالحبس سواء. قال أبو العباس الهلالي شارح خطبة المختصر في نوازله ما نصه : الذي تحصل عندي من كلام الأئمة أن من مات من الحفدة قبل انقطاع النسل يرجع نصيبه من الغلة المستقبلة لبقية الحفدة لا لورثته، صرح به ميارة في شرح التحفة وغيره، وهذا على ما جرى به العمل من قسم الغلة على من وجد، ولا توقف لانحصارهم ولا يحيى بالذكر من مات، فالوصية قبل انقطاع النسل كالحبس في أحكامه، وعند انحصاره تكون رقبة الموصى به لمن وجد حين الانحصار. وأما على مقابل ما جرى به العمل فلا تكون الغلة لمن وجد ولا لورثة من مات منهم لكن توقف كلها كالاصل حتى ينحصر النسل، فتقسم الغلة والاصل بين جميع الحفدة فمن كان حيا يوم القسم أخذ سهمه، ومن مات قبله إما قبل انقطاع النسل أو بعده، فوارثه بمنزلته. وأما اخذ ورثة الميت قبل الانحصار من الغلة المستقبلة ما كان ينوبه حيا، فلا أعرف له وجها، ولا وقفت على قول به، ولا يصح الاستدلال عليه بأن من مات عن حق فهو لوارثه، لأنه على القول بأنها كالحبس عطية غلة لمن حضرها فقط، حسبما في أوائل نوازل الحبس من المعيار قد انقطع حقه بالموت فلم يخلف حقا ينتقل لوارثه كما لا يورث عن المحبس عليه ما يحصل بعد موته من الغلة، وعلى القول بكونها عطية رقبة لجميع الموصى لهم يجب وقف الغلة كالأصل، فلا ياخذ أحد من الموصى لهم شيئا من الغلة ولا من الأصل، لجهل ما ينوبه حتى ينحصر النسل، فأي شيء ياخذه الوارث وهو ليس لموروثه الأخذ. والله تعالى أعلم. (هـ). كلام الهلالي.

وسئل سيدي العربي بردلة كما في نوازله عمن مات من الموصى لهم قبل انقطاع الولادة، هل يحيى بالذكر؟

فأجاب : الحمد لله، إن كان الثلث لجميع العقب فإن من مات قبل انقطاع العقب لا شيء له ولا لورثته على القول الذي عليه العمل ومن بقي إنما له الاستغلال. ولا يملك رقبة الثلث إلا من كان موجودا من العقب يوم انقطاع العقب، بموت الابنة مثلا. فيكون للموجود اذ ذاك ملكا يختص به ولا يحيى الميت بالذكر على ما جرى به العمل، والله أعلم. وكتب العربي بن احمد بردلة كان الله له، وتقييد عقبه :

الحمد الله، الجواب أعلاه صحيح. وكتب محمد بن عبد القادر الفاسي غفر الله له. (هـ). وقوله في الجواب اعلاه يوم انقطاع العقب بموت الابنة مثلا، هو باعتبار ما كان في السؤال من أن الموصى لهم كانوا أولاد البنت للموصي. وانظر هل يقال : إن بلوغ البنت الموصى لأولادها زمانا لا تلد فيه عادة كبنت السبعين يوجب قسم الثلث، ومن مات بعد ذلك يعد ميتا بعد انقطاع الولادة، والله تعالى أعلم. (هـ) كلام نوازل بردلة وهكذا ذكر غير واحد أن الغلة قبل انحصارهم لا تورث عمن مات منهم، ولا توقف لمن يولد في المستقبل. فلم يبق إلا تمكين الورثة منها حتى يوجد غير الهالك فياخذها من أيديهم، وإلا بقيت لهم ملكا مع الرقبة والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئل أبو العباس الهلالي شارح خطبة المختصر عمن أوصى بثلث جميع متخلفه لحفدته الذكور من أولاده الذكور، وما تناسلوا وامتدت فروعهم يقسم بينهم على عدد رؤوس آبائهم من غير نظر لتعدد الحفدة ثم ولد لاحد الاولاد ذكر، فعاش سنة ثم مات، لمن تكون الغلة بعد موته لانه استحق الوصية باستهلاله صريخا. هل يرثه الأب إلى أن يوجد غيره أو ينقطع نسل الآباء، أو تعود الغلة للورثة. ما الحكم في ذلك؟

فأجاب : الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم، لا ترجع الغلة المذكورة بعد موت الحفيد المذكور للورثة، أعني ورثة الموصي، ولا

يرثها ايضا عن الحفيد أبوه أو غيره من الورثة لأن قول الموصي ما تناسلوا وامتدت فروعهم، هو في معنى التعقيب، وتعقيب العطية يلحقها في الحكم بالحبس، ففي ابن عرفة محمد أن عقب الصدقة فهي حبس. (هـ). وفي الشامل وإن قال صدقة على مجهولين ليس محصورين كفلان وعقبه، فحبس يرجع مراجع الأحباس. (هـ) ثم حكى غيره بصيغة التمريض ونحو ما صدر به عليه اقتصر في المختصر : وإذا كانت العطية حبسا فلا ترجع إلى ورثة المحبس. كما لا ترجع إلى موروثهم لو كان حيا، وكذا لا تنقل بعد موت الحفيد لورثته لأن المحبس عليه لا يستحق ما حدث بعد موته من الغلة اتفاقا، وإنما الخلاف فيما أدركه بماذا يستحقه فقيل بالطيب وقيل بالقسمة وقيل بالابار، والثاني هي مذهب المدونة، كما في الحطاب وإذا لم ترجع الغلة المذكورة لورثة الموصي ولا لورثة المحبس عليه، فالظاهر رجوعها لمرجع الحبس فترجع لأقرب فقراء عصبة المحبس وامرأة لو رجلت عصبت ثم إن وجد من يستحقها من الاحفاد رجعت إليه والله سبحانه وتعالى أعلم. (هـ).

وفيما قاله من عدم ردها لورثة الموصي نظر، بل هو مخالف لقول العمل الفاسي :

وغلة قبل وجود الموصى له لوارث أنل تخصيصا

على ما قررناه به قبل هذا هو صادق بالموصى له، ملكا أو حبسا، واستدلاله على ما استظهره، يقول المختصر : ورجع ان انقطع.الخ... فيه نظر أيضا إذ معناه كما لا يخفى : أنه إذا انقطع المحبس عليهم كلهم فإنه يرجع لمن ذكر وليس معناه أنه إذا مات واحد من المحبس عليهم يرجع نصيبه لأقرب عصبة المحبس، وإن ازداد بعد ذلك ولد غيره رجع إليه الحبس.الخ... بل لا إشعار لكلام المختصر بهذا المعنى أصلا. وقد عرضت ما قاله على جماعة من العلماء، فكلهم استبعد صدوره من الهلالي، والله أعلم.

وقع السؤال عن غلة زيتون موصى به للاحفاد طابت، ثم بعد جرد الزيتون وإنزاله بالمعصرة بقصد عصره وقسم زيته مات واحد من الأحفاد الموصى لهم وازداد

ولد آخر في هذا الوقت، فهل لهذا الحفيد الذي مات شيء من تلك الغلة أو لا؟ وهل لمن ولد فيها شيء أو لا؟ والموضوع ان الاحفاد لم ينحصروا بموت آبائهم.

والجواب بل لا شيء لمن مات منهم قبل عصر الزيتون وقسمه. وأما من ولد في هذا الوقت فله حظه منها على المعمول به. قال ابن عرفة بعد أن حكى الخلاف فيما يستحق به المعينون الثمرة ما نصه : وإن لم يكونوا معينين كالحبس على رجل وعقبه ففي وجوبها بالطيب أو بالقسمة قولان. قلت : عزاهما ابن زرقون لابن القاسم مع مالك وابن الماجشون. قال : وثالثهما لأشهب بالإبار. (هـ). والثاني هو المعمول به كما ياتي في نظم العمل. وأما المعين كفلان فيستحقها بالطيب على المعمول به، كما ياتي أيضا. وإذا مات تكون لوارثه بخلاف غير المعين والمحصور فلا يستحقها إلا بالقسم اتفاقا، فالصور ثلاث المعين كفلان وفلان، والمحصور الغير المعين كولد فلان أو عقبه أو نسله، والمجهول الغير المعين ولا المحصور. كالمساكين وبني تميم. وقد علمت أحكامها، فالثالث كالثاني في الحكم بخلاف الأول، ونظمه أبو زيد الفاسي بقوله :

بدو الصلاح في الطياب المعتبر مثل احمرار واصفرار في الثمار
به استحقت غلة المحبس على معين وإرث ياتسي
وغيره بقسمة قد يستحق فمن يمت قيل له بطل حق

قال في الشرح : المعنى إن ثمار الأصول المحبسة يستحقها المحبس عليه ببدو الصلاح المعتبر في جواز بيعها مثل الاحمرار والاصفرار فيها. وأما المحبس على غير المعين، فلا يستحق الغلة بالطيب بل بالقسم، فمن حضر القسم كان له منها نصيب ومن لا فلا وينبني على تعيين وقت الاستحقاق، أن من مات بعده ورث عنه حظه ومن مات قبله بطل حقه ولا يورث عنه، ولذا قال في المعين : وإرث ياتسي. ثم نقل عن الحطاب أنه قال بعد نقل كلام الباجي ما نصه : فتلخص من كلامه أن من مات قبل الإبار فلا حق له فيها بلا خلاف، ومن مات بعد القسمة فحقه فيها ثابت بلا خلاف، والخلاف إنما هو فيمن مات بعد الإبار وقبل الطيب

أو بعد الطيب، وقبل القسمة فحكى في كل قولين. ثم قال إذا ثبت هذا علمت أن الحكم الذي ذكر الناظم في المعين هو قول مالك في المدونة، وأن الحكم الذي ذكر في غير المعين شامل لقسمي المحصور وغيره، وعليه فيكون العمل الذي ذكر جاريا في المحصور غير المعين على ما في وصايا المدونة مع قول ابن الماجشون وابن كنانة لا على مذهب مالك وابن القاسم. وأما القسم المجهول غير المحصور فكأنه محل اتفاق. (انتهى) منه. وهذا كله وإن كان مفروضا في المحبس عليهم إلا أنه لا فرق بينهم وبين الموصى لهم قبل انحصارهم، ولذا قال الشيخ ميارة في تكميل المنهاج لما تكلم على الموصى لهم :

وهي لمن حضرها لا من هلك ومن يزد مع الذي قبل اشترك

على أن الموصى لهم قبل الإياس من زيادتهم محكوم لهم بحكم المحبس عليهم. قال الإمام ابن إسحاق التونسي في أجوبته في الوصية لأولاد فلان، أو ما يتزايد لفلان، معناها : أنها تكون حبسا موقوفا ما دام الأب حيا لا تباع ولا توهب ولا يستشفع بها، ولا تورث عمن مات منهم قبل موت الأب، فإذا مات الأب فهي من قبيل الهبة المتملكة التي تورث وتفوت بأنواع الفوت ويستشفع بها. قال : وهو قول أشهب وابن عبد الحكم وأصبغ ومطرف في النوادر، وابن حبيب في الواضحة، وعبد الوهاب، وهو نص الامام المازري. (هـ). من شرح تكميل المنهج والله اعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل الشيخ أبو العباس الهلالي المتقدم كما في نوازله عمن أوصى في مرضه الذي مات فيه بثلثه لاحفاده وبغلل ذلك الثلث الموصى به توقف للأحفاد الموصى لهم إلى وجودهم، خوفا من أكل ورثته الغلة إلى وجود الأحفاد، فهل يعمل على توقيف الغلل إلى وجود الموصى لهم، كما أجاب به بعض السادات، أم لا يعمل إلا بما عند العلماء في ذلك، كما أجاب به سيدي العربي الفاسي، حسبما نص على ذلك في شرح عمليات فاس حرسها الله تعالى.

فأجاب : وأما إيصاؤه بأن الغلة توقف لمن سيوجد ولا ياخذها الورثة فهو مسلك على غير الجادة التي عليها العمل من القول بأنها للورثة، حتى يوجد بعض

الموصى لهم، وعبر عنه بعضهم بالمشهور. وقد ذكر الحطاب في التزاماته خلافا في لزوم التزام أحد الأقوال، واستظهر عدم اللزوم. قال بعد حكايته الخلاف : وذكر ان في كلام اللخمي إشارة إلى أن الراجح عدم اللزوم ما نصه : **قلت** وهذا هو الظاهر، أعني : أن تقليد ذلك القول القائل باللزوم لا يوجب القضاء عليه بذلك، أليس للحاكم أن يحكم به إذا كان مرجوحا، لأنه لا يحكم إلا بالراجح عنده، وإن كان خلاف ما يعتقده المحكوم عليه أوله. (انتهى) المراد منه، فعلى هذا ليس للموصي أن يتحكم على الحاكم ويلزمه العمل بما يوافق غرضه، وفتوى ابن سودة المذكورة في شرح العمليات جارية على خلاف ما استظهره ورجحه الحطاب، وقد تعقبها شيخ شيوخ صاحب العمليات سيدي العربي كما في شرحها والله اعلم. (انتهى) كلام الهلالي.

قلت : ونص ما أشار إليه في شرح العمليات هو قول القاضي أبي القاسم العميري في شرحها ما نصه :

وسئل شيخنا القاضي ابن سودة قبل أن يلي القضاء والفتيا عن رجل أوصى بثلثه لمن يتزايد من الأولاد عند ابنته، وقدم لقبض غلة ذلك الثلث حتى يتزايد الأولاد الموصى لهم، ويبلغوا مبلغ القبض لأنفسهم وحينئذ يدفع لهم الثلث المذكور، فأراد الورثة أكل غلة هذا الثلث الآن، وهم أولاد الموصي ومنعهم المقدم لحوز الثلث من أكلها مدعيا أنه إن دفعها لهم، الآن قام عليه الموصى لهم وحكم له بذلك قاضيان، ومنعا الورثة من أكل غلة الثلث المذكور. فما الحكم في ذلك؟

فأجاب : الوصية يتبع فيها غرض الموصي، ويسلك في إنفاذها منفذ الأحكام الشرعية بحيث عين في وصيته المذكورة قبض الغلات لمن عينه حتى يبلغ الموصى لهم مبلغ القبض والحوز لأنفسهم، عمل به، والله أعلم. (هـ).

وكتب عليه شيخ شيوخنا سيدي العربي الفاسي ما نصه : في غلة الموصى به لمن يوجد قولان، والقول بأنها للورثة حتى يوجد الموصى له. قال ابن الدنيا كما في نوازل البرزلي : هو المشهور. وقال القاضي المكناسي : بل هو المعمول به. فإن

كان الموصي لم ينص على الغلة وإنما نص على قبض رقبة الموصى به، عمل في ذلك على مقتضى الفقه، وإن نص على كون الغلة للورثة أو للموصى له، توقف حتى يوجد كان مختارا لقول من قولين، وقد اختلف العلماء هل للمقلد أن يختار قولان، ويلزمه أو ليس له ذلك. وإنما ذلك للمفتي والقاضي، كما عند المتيطي في النكاح والسلم وغيره. والقول هو قول ابن العطار، وهو الصحيح عند الحطاب وغيره، وعليه فتعيين الموصي العامي كون الغلة للموصى له، لا عبرة به. وإنما يعتبر ما عند العلماء في ذلك، وبالله تعالى التوفيق. (هـ).

قلت في المعيار ما نصه : **وسئل** أبو عبد الله ابن زيادة الله عمن أوصى بثلثه لمن يولد لأولاده الثلاث، ويكون نصيب كل يبقى تحت يد والده حتى يتزايد له الولد، فإن أيس من الولد فيرجع على أولاد إخوته. فهل تبطل الوصية من أجل شرطه بقاء نصيب كل تحت يد الوارث أم لا؟

فأجاب : الوصية جائزة، إلا قوله : تبقى تحت يد والده فهو ساقط، وتبقى تحت يد جميع الورثة حتى يوجد الولد أو يُيْأس منه فيكون كما قال. (هـ). ونظمه في التكميل، فقال :

وشرطه بقاء ذاك بيد والد كل باطل فلتقتد

ووقع السؤال عمن أوصى بالثلث لحفدته وبعد وفاة الموصي، وجد من الأحفاد من يستحق غلة الثلث الموصى به، ثم مات عن ورثة له. فهل يرثون عند ذلك أو لا؟ ويبقى لمن يستحقه إلى أن يوجد من الأحفاد غيره جوابا شافيا.

والجواب الحمد لله، والله الموفق للصواب، أن الثلث المذكور قبل وجود الموصى له تكون غلته لورثة الموصي، كما في العمليات حيث قال :

وغلة قبل وجود الموصى له لوارث أنل تخصيصا

إلى أن يوجد الموصى له، فتكون له الغلة. فإذا مات بعد أن وجد غيره فإن الغلة تكون له، ولا شيء لوارث من مات على المشهور المعمول به أيضا، وإلى هذا

أشار الشيخ ميارة بقوله في تكميل المنهاج :

ومن يمت بحظه لمن حضر ليس لوارث كذلك في الخبر

فإذا مات هذا الغير وبقي الوجود خاليا من الموصى لهم، كما كان أول مرة فهل ترجع الغلة لورثة الموصي كما كانت قبل وجودهم أو يرثها وارثه، فالذي في نوازل الشيخ التسولي أنها لوارثه ولا تعود لورثة الموصى أبدا. ونص الغرض منه وبيان ذلك على القول أن المعمول به في المسألة ان الثلث المذكور قبل وجود الموصى له تكون غلته لورثة الموصى إلى أن يوجد الموصى له، فتكون له الغلة ولا ترجع لورثة الموصي أبدا لوجود من يستحقه عملا بقول خليل : «كمن سيكون إن إستهل»... فقوله إن استهل شرط في استحقاق الموصى به لا في صحة الوصية. كما قاله من يعتد به من شراحه. ثم لا يزال هذا المولود الأول يستغل وحده إلى أن يوجد ثان فيشاركه، وهلم جرا. فكلما مات واحد أو تزايد انتقضت القسمة ما داموا لم ينحصروا، ولا يكون توارث الهالك شيء كما قلنا، بل تكون الغلة للباقي منهم، فإن مات هذا الباقي قبل الانحصار، فالغلة تكون لوارثه إلى أن يولد آخر أو ييأس من الولادة بموت والده أو غيره، فيتقرر ملك هذا الوارث على رقبة ما كان يستغله، لأن من مات عن حق فلوارثه. (انتهى) المقصود منه. ثم قال أيضا :

الحمد لله، **سئـل** كاتبه سامحه الله عن البنت المتزايدة، المستحقة للغلة، فإنها ماتت ولم يوجد غيرها من الموصى لهم، هل تكون الغلة المذكورة بعدها لورثتها أو لورثة الموصي؟

الجواب : إن الغلة لورثة البنت الهالكة يستبدون بها، إلى أن يوجد غيرها من الموصى لهم فيشاركهم، فإن أيس من غيرها، كانت الوصية ملكاً لورثتها المذكورين، والله أعلم. وكتب محمد التاودي ابن سودة تغمده الله برحمته. (هـ).

قلت : وقد وجد عندي أيضاً ما نصه :

الحمد لله، **سئـل** شيخنا الإمام أبو عبد الله سيدي محمد التاودي ابن سودة بما نصه : ساداتنا أنجم الاهتداء، معالم الرشد والاقتداء، جوابكم أبقاكم الله

لنفع الأنام، قائمين بنصرة الإسلام عما سطر من رسم الوصية أعلاه، هل يستغل أول مولود لإحدى البنات حتى يولد للثانية والثالثة أم لا، وعلى أن أول مولود يستغل، فإذا مات قبل أن يولد للثانية والثالثة، وبقي الوجود خاليا من الموصى لهم بعد أن كان عامراً بأول مولود لإحداهن، فهل ترجع غلة الموصى به للورثة كما كانت قبل ظهور أول مولود، أو تبقى تحت يد ورثة المولود المتوفى ينتفع بها إلى أن يولد لإحدى البنات، جوابا كافيا شافيا أبقاكم الله لنفع المسلمين، السلام.

ونص الجواب بعده، الحمد لله، الذي يظهر أن الغلة لورثة المولود ولا طمعية فيها لورثة الموصي لأن الوصية قد تم أمرها، ووجب إخراجها بحصول أول مولود، فإن ولد غيره بعده، شاركه، وإلا فهي للمولود الأول وورثته، والله أعلم. وكتب عبد ربه فلان بشكله. (هـ).

وأجبت عقبه : الحمد لله، حيث وجد أحد الموصى لهم واشتغل الثلث الموصى به، ثم مات قبل الأياس من زيادتهم، فإن غلة الثلث المذكور تعود لورثة الموصي، وإلا فهو المستحق لها وقد يشملها قول العمل الفاسي :

وغلة قبل وجود الموصى له لوارث أنل تخصيصا

لأن كل واحد من الأحفاد موصى له، فكما تكون الغلة قبل وجود الأول منهم للورثة، كذلك تكون لهم قبل الثاني إذا مات الأول، وقبل الثالث إذا مات الثاني. ويوضح لك ذلك أن الأئمة نصوا على أن الغلة بعد موت واحد منهم لا تورث عنه ولا توقف لمن يوجد بعده، فلم يبق إلا صرفها على الورثة حتى يوجد واحد منهم في المستقبل فيستحقها، وإنما رجعت إلى الورثة بعد موته، لأنه لم يملكها كلكا حقيقيا بدليل أنها لا تورث عنه بعد موته، وإنما له التصرف فيها مدة حياته فقط، كالحبس سواء. قال أبو العباس الهلالي شارح خطبة المختصر في نوازله ما نصه : الذي تحصل عندي من كلام الأئمة أن من مات من الحفدة قبل انقطاع النسل يرجع نصيبه من الغلة المستقبلة لبقية الجمرة لا لورثته، صرح به ميارة في شرح التحفة وغيره. وهذا على ما جرى به العمل من قسم الغلة على من وجد،

ولا توقف لانحصارهم ولا يحيى بالذكر من مات. فالوصية قبل انقطاع النسل كالحبس في أحكامه، وعند انحصاره تكون رقبة الموصى به لمن وجد حين الانحصار. وأما على مقابل ما جرى به العمل فلا تكون الغلة لمن وجد ولا لورثة من مات منهم، لكن توقف كلها كالأصل حتى ينحصر النسل فتقسم الغلة والأصل بين جميع الحفدة، فمن كان حيا يوم القسم اخذ سهمه، ومن مات قبله. أما قبل انقطاع النسل أو بعده، فوارثه بمنزلته، وأما أخذ ورثة الميت قبل الانحصار من الغلة المستقبلة، ما كان ينوبه، فلا أعرف له وجها، ولا وقفت على قول به، ولا يصح الاستدلال عليه، فإن من مات عن حق فهو لوارثه، لأنه على القول بأنها كالحبس عطية غلة لمن حضرها فقط حسبما في أوائل نوازل الحبس من المعيار قد انقطع حقه بالموت، فلم يخلف حقا ينتقل لوارثه كما لا يورث عن المحبس عليه ما يحصل بعد موته من الغلة، وعلى القول بكونها عطية رقبة لجميع الموصى لهم يجب وقف الغلة كالأصل فلا يأخذه احد من الموصى لهم شيئا من الغلة ولا من الأصل يجهل ما ينوبه حتى ينحصر النسل، فأي شيء ياخذه الوارث وهو ليس لموروثه الأخذ، والله تعالى أعلم. (هـ). كلام الهلالي.

وسئل سيدي العربي بردلة كما في نوازله عمن مات من الموصى لهم قبل انقطاع الولادة هل يحيى بالذكر.

فأجاب : الحمد لله، إن كان الثلث لجميع العقب، فإن من مات قبل انقطاع العقب لا شيء له ولا لورثته على القول الذي عليه العمل، ومن بقي إنما له الاستغلال، ولا يملك رقبة الثلث إلا من كان موجودا يوم انقطاع العقب بموت الابنة مثلا فيكون للموجود إذ ذاك ملكا يختص به، ولا يحيى الميت بالذكر على ما جرى به العمل، والله أعلم. وكتب العربي بن احمد بردلة كان الله له وتقيد عقبه.

الحمد لله، الجواب أعلاه صحيح، وكتب محمد بن عبد القادر الفاسي غفر الله له. (هـ). وقال الشيخ بنيس بعد كلام في المسألة ما نصه : إذا كانت الوصية لمن وجد ولمن سيوجد من أبناء الإبن، فمات الموصي قبل الأياس من زيادة

الأحفاد الموصى لهم، فالذي أفتى به أكثر العلماء حسبما في المعيار أن من وجد منهم ياخذ جميع الغلة، فإذا وجد غيره دخل معه في غلة أخرى حاضرة بالسواء، ومن مات منهم فلا شيء لوارثه في الغلة، وهكذا يكون الأمر إلى حصول الإياس من زيادة الموصى لهم، فتكون رقاب الوصية ملكا حقيقياً لهم حين الإياس من زيادتهم دون من مات قبل الإياس، فلا شيء لوارثه إذ ليس له إلا ما أخذه من الغلة في حياته، فهذه الوصية حينئذ هبة المنافع لمن مات منهم قبل الإياس وهبة الرقاب لمن كان حيا منهم حين انحصار جملتهم بحصول الإياس من زيادتهم.الخ... فهذه نصوص المتأخرين كما ترى متفقة على أن الغلة لا تورث عمن مات من الأحفاد قبل انحصارهم، وأن لا شيء لوارثه، وكفى بها حجة، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي الوزاني لطف الله به آمين. (هـ).

وأجبت عما ذكره الشيخ التاودي والتسولي من أن الوصية لأولاد الولد إذا وجد واحد منهم وتصرف فيها نحو السنة ومات وبقي الجد خاليا كما كان أولا، فإنها ترجع لورثة الولد لا لورثة الموصي. الخ... بما نصه : الحمد لله، ما قاله الشيخ التاودي وتبعه التسولي في نوازله من رجوع الغلة لورثة الحفيد الذي مات، ولا ترجع لورثة الموصي.الخ... هو اختيار منهما مخالف للمنصوص فلا عبرة به، إذ قد نص الأئمة على أن الثلث الموصى به للأحفاد حكمه كالحبس قبل انحصارهم، ونص في الرسالة وغيرها على أن الحبس لا يورث بحال. ففي نوازل العلمي نقلا عن سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي ما نصه : ونقل عن أجوبة الشيخ التونسي في الوصية لأولاد فلان، أو ما يتزايد لفلان أنها تكون حبسا موقوفا ما دام الأب حيا لا تباع ولا توهب ولا يستشفع بها ولا تورث عمن مات منهم قبل موت الأب، فإذا مات الأب فهي من قبيل الهبة المتملكة التي تورث وتفوت بأنواع الفوت ويستشفع بها. قال وهو قول أشهب وابن عبد الحكم وأصبغ ومطرف وابن حبيب في الواضحة وهو نص الإمام المازري. وأما قول التسولي ولا ترجع لورثة الموصي ابدا لوجود من يستحقه عملا بقول خليل : كمن سيكون ان استهل.الخ... فضروري البطلان لأن كلام المختصر : «إذا أوصى لحمل ظاهر أو سيظهر» كما قرره به

الزرقاني، ولا شك أن هذا بمجرد وضعه حيا يملك الرقبة لا الغلة فقط، فأي معنى للاستدلال به، وعلى تسليم أنه شامل الصورة النزاع فهو مبني على المشهور لا على المعمول به من كون غلة الثلث للورثة قبل وجود الموصى لهم، بدليل قوله بعده متصلا به وقوم بغلة حصلت بعده، أي قوم الثلث الموصى به بغلته الحادثة فيه بعد موت الموصي.الخ... وكذلك قوله : فإن مات هذا الباقي قبل الانحصار فالغلة تكون اوارثه، إلى قوله لأن من مات عن حق فلوارثه. باطل ايضا لأن هذا الحفيد الذي مات لا حق له فيما يوجد من الغلة بعد وفاته. وإنما له ما استغله في حياته. وأما ما حدث بعد موته فلا شبهة له فيه فكيف يورث عنه ما لم يملكــه وتقــدم قول أبي العباس الهلالي. وأما أخذ ورثة الميت قبل الانحصار من الغلة المستقبلة ما كان ينوبه حيا، فلا اعرف له وجها ولا وقفت على قول به ولا يصح الاستدلال عليه، لأن من مات عن حق فهو لوارثه لأنه على القول بكونها كالحبس عطية علة لمن حضرها فقط، كما في أوائل نوازل الحبس من المعيار، وقد انقطع حقه بالموت فلم يخلف حقا ينتقل لوارثه، كما لا يورث عن المحبس عليه ما يحصل بعد موته من الغلة الخ... وأما ما نقله بعد ذلك من كلام الشيخ التاودي فلا معول عليه، لقوله في الجواب الثاني : الذي يظهر أن الغلة لورثة المولود الخ... فكأنه لم يقف على نص في النازلة، وإنما اعتمد على الاستظهار وذلك لا يفيد شيئا، لما علمت من أنه خلاف المنصوص، وإذا تقرر هذا علمت أن من أفتى بكلام الشيخ التاودي والتسولي في هذه النازلة متساهل لأن المسألة ذات قولين، كما في المعيار وغيره. وكلاهما ليس فيه ان الغلة تورث عمن مات من الأحفاد الآن، بل إما لا تورث عنه أصلا وهو المعمول به، وإما أن توقف مع الأصل الموصى به حتى ينقرضوا، فتورث حينئذ مع الأصل. قال الشيخ ميارة في شرح تكميل المنهج : من يقول بقسم الغلة على من وجد فإن وجد غيره دخل معه يقول : إن حاصل امر هذه الوصية، أن أولها هبة منافع وآخرها هبة رقبة، وأن الأخير من الأحفاد واحدا أو أكثر يملكها ملكا حقيقيا، بحيث يتصرف فيها بالبيع والهبة، وغير ذلك، وتورث عنه ويستشفع بها. ونعني بالأخير من الأحفاد من كان موجودا يوم الإياس من ولادة أولاد

الصلب. وظاهر هذا القول أن من مات من الأحفاد قبل انقطاع الولادة لا شيء لوارثه، وإنما له ما استفاد في حياته من غلة ان كانت، لأنهم إنما جعلوا الملك للأخير، ومن قبله إنما له المنفعة لا الملك، وأن من يقول بإيقاف الغلة إلى انقطاع ولادة الأولاد يقول : إن الوصية كلها اصلها وغلتها ملك لجميع الأحفاد، فإذا لم يبق إلا ولد لا يولد لمثله فحينئذ تقسم على جميعهم، ويحيى الميت بالذكر ويكون نصيبه لوارثه، إذ لا فائدة لإحيائه إلا ليتميز نصيبه لمن يستحقه، والله أعلم. (هـ).

وقول بعض المفتين قد دفع المحقق التسولي هذا التوهم الذي وقع لهذا الفقيه، ونص الغرض من كلامه، وأما كون الوصية تبطل إذا مات الموصى لهم بعد حياتهم المدة الطويلة في حياة أبيهم وأمهم، قبل اليأس من الولادة فلم أر من ذكره ولا من نص على أنه يزاد على شرط الاستحقاق الذي هو الاستهلال شرط تأخر موته عن موت أبيه وأمه. قال المسناوي : هنا أمران الملك وتقرره، فالأول يحصل بمجرد وضع الولد إن استهل، بخلاف الثاني. فإنه لا يحصل حتى يقع الإياس من وجود الأولاد الموصى لهم، فالموقوف على الإياس إنما هو استقرار الملك وكمال التصرف، لا أصل الملك ومطلق التصرف الخ... من أفظع الوهم، لأن كلام التسولي المذكور بلغ الغاية في القصور، فكيف يدفع به التوهم وهو مخالف لكلام الأئمة قاطبة، ويكفي في بطلانه ما نقله هو بنفسه في الوصايا من نوازله، ونصه :

سئل سيدي العربي بردلة عمن مات من الموصى لهم قبل انقطاع الولادة هل يحيى بالذكر.

فأجاب : الحمد لله، إن كان الثلث لجميع العقب فإن من مات قبل انقطاع العقب لا شيء له ولا لورثته على القول الذي عليه العمل الخ... فهذا كما ترى نص صريح في أن كل من مات من الأحفاد قبل الإياس قد بطل حقه في الوصية سواء طالت حياته أو قصرت اذ كلاهما يصدق عليه أنه مات قبل انقطاع العقب تأمله. وكذا قوله : إنه لم ير من نص على أنه يزاد شرط تأخر موته عن موت أبيه وأمه الخ... قصور أيضا، إذ قد نص عليه المتأخرون كلهم حسبما تقدم في

نصوصهم التصريح به، ونص ميارة في شرح التكميل قال الإمام أبو إسحاق التونسي في أجوبته في الوصية لأولاد فلان أو ما يتزايد لفلان معناها : أنها تكون حبسا موقوفا ما دام الأب حيا لا تباع ولا توهب ولا يستشفع بها، ولا تورث عمن مات منهم قبل موت الأب، فإذا مات الاب فهي من قبيل الهبة المتملكة التي تورث وتفوت بأنواع الفوت ويستشفع بها، وهو قول أشهب، وابن عبد الحكم، وأصبغ، ومطرف في النوادر، وابن حبيب في الواضحة، وعبد الوهاب، وهو نص الإمام المازري. (هـ)، فاشترط كما ترى في تملكها موت الأب. وقال القاضي بردلة في جوابه المتقدم بعدما نقلناه عنه ما نصه : ولا يملك رقبة الثلث الا من كان موجودا يوم انقطاع العقب بموت الابنة مثلا، أي الابنة الموصى لأولادها فيكون للموجود إذ ذاك ملكا يختص به ولا يحيى الميت بالذكر على ما جرى به العمل، والله اعلم.

وكتب العربي بردلة كان الله له وتقيد عقبه، الحمد لله، الجواب اعلاه صحيح. وكتب محمد بن عبد القادر الفاسي غفر الله له. (هـ). فاشترط كما ترى موت البنت الموصى لأولادها ولو تأمل كلام الشيخ المسناوي الذي نقله أدنى تأمل لفهم منه هذا المعنى فهو حجة عليه لا له. لأن معناه ان تقرر الملك عليها بملكها ملكا حقيقيا انما يكون بالاياس من الولادة فكلامه يفيد الشرط المذكور ككلامهم.

نعم الشرط عندهم هو حصول الاياس من زيادة الاحفاد وذلك يتحقق في الرجال بالموت أو بحصول مانع محقق من الولادة واما في النساء فيتحقق بالموت أو بالكبر، فإذا شهدت امرأتان عدلتان من القوابل بأن المرأة الموصى لاولادها قد أيست من الوةلادة لكبرها، فذلك كاف في تملكه رقبة الثلث الموصى به للاحفاد بلا يمين ولا حكم ماض. ولذا قال الهلالي كما تقدم، فالوصية قبل انقطاع النسل كالحبس في أحكامه وعند انحصاره تكون رقبة الموصى به لمن وجد حين الانحصار. فعبر بالانحصار ونحوه قول الشيخ المسناوي هنا أمران الملك وتقرره. فالاول يحصل بمجرد وضع الولدان استهل بخلاف الثاني فإنه لا يحصل حتى يقع الاياس من وجود الاولاد الموصى لهم. فعبر بالاياس كما ترى، ومراده بالملك الغلة وبالاستقرار

ملك الرقبة فكلامه موافق للعلماء لا مخالف لهم خلافا لمن وهم، وهو التسولي ومن تبعه. وقول هذا البعض ايضا عقب نقل كلام التسولي المتقدم وهو ظاهر جدا لان استهلال الولد الاول نقل الملك عن ورثة الموصي، فلم يبق لهم مطمع في رقبة الثلث ولا في التصرف في غلته إذ لو مات وأيس من غيره بموت ابيه مثلا لكان لورثته لانه استحقه، فاستهلاله غير صحيح لان الحفيد الذي وجد انما نقل الانتفاع بالغلة مدة حياته فقط بدليل تصريح الائمة بأن الغلة لا تورث عنه وانها لا توقف بحال فلم يبق الا ردها على ورثة الموصي كما كانت أولا قبل وجوده وأقبح من هذا قوله اذ لو مات وأيس من غيره بموت ابيه مثلا لكان لورثته لانه استحقه باستهلاله. فهذا من اعجب ما يسمع لان الائمة رضي الله عنهم صرحوا بأنه اذا مات قبل الأياس لا تورث عنه حتى الغلة وكيف يتصور في ذهن عاقل منعهم من ارث الغلة وتوريثهم الرقبة بل اذا منعوا من ارث الغلة يكون منعهم من ارث الرقبة احرى وأولى الأئمة مصرحون كما تقدم بأن من مات منهم قبل الأياس انما له ما اخذ في حياته من الغلة فكيف يرث ورثته الرقبة وهي لم يملكها في حياته موروثهم قط ان هذا لمن افظع الجهل الذي لا يحل السكوت عنه وأفظع من هذا ايضا قوله جميع النصوص الواردة في كون الهالك من الحفدة لا يورث عنه شيء موضوعة في تعدد الحفدة وموت البعض وإبقاء البعض، فإنه مردود نقلا لانه لم يقله احد وعقلا لانه اذا كانت لا تورث عنه اذا بقي بعض الاحفاد فيلزم مثله ايضا اذا لم يبق واحد منهم، ولا معنى لتخصيص عدم الارث بحالة دون اخرى فإنه من التلاعب في دين الله الذي لا يرضاه الله ورسوله وكان من حقه ان يقتصر على نصوص العلماء مستحضرا قوله تعالى : ﴿فويل للذين يكتبون الكتاب بأيديهم﴾ الآية. وقوله ﷺ : (أجرؤكم على الفتوى أجرؤكم على النار)، فإن لم يجد شيئا أحجم، كما هو الشأن، فإن نصف العلم لا ادري كما هو معلوم. وأما احتجاج المفتي الثاني بكلام الرسموكي فمن الخرافات التي يتضاحك منها. لأن الرسموكي نفسه نفسه ذكر ان ذلك عرف عندهم بسوس مخالف للمنصوص فكيف يفتى به مع كونه مخالفا للمنصوص سيما معتقر العمل بخلافه بفاس في الموصى به على الوجه المتقدم هل

يملكه الأخير من الأحفاد وعليه فمن قبله منهم ممن مات قبل انقطاع ولادة الاولاد انما له الاتباع بالغلة فقط أو هو ملك لجميع الاحفاد، وعليه فلا تقسم الغلة ولا الاصل الا بعد انقطاع ولادة الاولاد وحينئذ يقسم الاصل والغلة على جميع الاحفاد الحي ياخذ نصيبه والميت ياخذ نصيبه لورثته، والقول الأول مختار رجل الأئمة وهو الاظهر لانه ظاهر قصد الموصي فيتعين العمل عليه والله اعلم. (هـ). وأما بقية الكلام في ذلك الفتوى فهو مثل باقي الفتوى التي قبلها فما جاز على المثل يجوز على المماثل اذ كلاهما من السفاسط والاباطل والله اعلم قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

ثم وقفت على فتوى للفقيه السيد أحمد السلوي المفتي بتطوان بنحو ما قلناه، فقال فيها بعد كلام، ما نصه : فإذا وجد مستحق الغلة وهو الموصى له ثم عدم، وجب دفع تلك الغلة لمستحقها بطريق الأصالة وهو وارث الموصي لولا العارض الذي عرض له فيها، وهو وجود الموصى له. ولا وجه لدفعها لوارث الموصى له بعد موته، إذ ليس وارثه موصى له بشيء، ولا يكون وارثه موصى له إلا لو قال الموصي في وصيته : لفلان ووارثه، أو ثم لوارثه، والفرض أن الموصي لم يقل شيئا من ذلك، والموروث قبل الإياس إنما هو موصى له بالغلة لا بالرقبة، لأن الفقهاء جعلوا الوصية لأولاد الأولاد هبة منفعة ابتداء، وهبة رقبة انتهاء. وأن الآخر من الأحفاد هو الذي يقال فيه : إنه مالك ملكا حقيقيا يترتب عليه الإرث، فقولك يا سيدي : وأما في الزمان الذي بعد موته وقبل الإياس من تزايد المستحقين فتصير الوصية لازمة بوجود الموصى له، واستهلاله وتحقق حياته، ويستحقها بذلك وتدخل في ملكه. (هـ). إنما نسلم منه كونها لازمة بوجود الموصى له، اي اذا بقي حيا ولا نسلم دخولها في ملكه بل الذي ملكه الموصى إياه إنما هو أخذ الغلة فحسب، فإذا انعدم انعدم الناسخ لوارث الموصي الذي هو المستحق للغلة في الاصل قبل وجود هذا الناسخ، فيرجع للحكم الأصلي. وقولك يا سيدي أيضا : وأما ورثة الموصي فلم يبق لهم دخل ولا طمع في شيء بعد اللزوم، لا نسلمه. وما الذي يمنعهم من هذا الطمع ويقطع رجاءهم ويؤيسهم من أن يستمروا مؤملين لاستمرار

انعدام الموصى له إلى الأياس لتبقى الغلة لهم في تلك المدة، كما لا نسلم أيضا كون ردها لهم أي لورثة الموصي فرع بطلانها. بل نقول : إنه مفرع على صحتها ولزومها انعدام المستحق لها بعد وجوده وهو الموصى له، وقد قدمنا أن الاستهلال شرط في الصحة واللزوم والاستحقاق انعدم واحد وبقي اثنان، فقد اتضح اتضاح شمس الضحى أن حمل كلام ميارة الذي نذكره بعد على خصوص صورة ما اذا مات بعض الأحفاد وبقي البعض، وتخصيصه بهذا مع تعبيره بما هو من أقوى صيغ العموم وهو أنكر النكرات في سياق النفي تحكم وعمل بيد، من غير موجب يوجبه، ولا دليل يدل عليه، لا من النقل ولا من العقل. فقولك يا سيدي : ليوافق كلامه كلام غيره، نقول عليه من هو هذا الغير ؟ فإنا لم نقف على كلام معتبر لأحد غيره سوى التسولي، فإن كان هو المراد بالغير فنقول : إن التسولي هو الذي ننازعه ويحق إذا أن يقال في الاحتجاج علينا بكلامه شبه مصادرة أو هو هي، فإن قيل الغير هو المسناوي فيما عزاه له التسولي من أن هنا شيئين : الملك وتقرره، فنقول له إن عقولنا قد قصرت[1] وكلت عن أن تتعقل معنى نشد عليه أيدينا، ونفرق به هنا بين المتضايقين تفريقا ينبني عليه حكم. ولا نتعفل إلا ثبوت الملك أو انعدامه، وكونهما في طرفي نقيض والنقيضان لا يجتمعان ولا يرتفعان. ثم نقول إن من تأمل حق التأمل ونظر إلى المآل تبين له أن الذي يقوله التسولي رحمه الله راجع في الجملة إلى القول الغير المرتضى عند العلماء وإلى الذي أطبق المتأخرون على مرجوحيته، وهو القول بأن الميت يحيى بالذكر ليكون نصيبه لوارثه، فإن قول صاحب هذا القول ليكون نصيبه لوارثه، هو عين ما يقوله التسولي إذ من جملة نصيبه الغلة التي تقول لتسولي : إنما لوارث الميت، ويكون التسولي موافقا لصاحب هذا القول في بعض ما يقوله، وهو إحياء الميت بالذكر، لكن إنما يقوله

(1) قوله قد قصرت وكلت ليس بشيء بل مراده بالملك حصوله أولا بملك الغلة فقط، وبالتقرر ملك الرقبة ثانيا فالملك هو ابتداوه بالغلة وتقريره وتمامه، وكماله بالرقبة أيضا وذلك أن الحفيد إذا وجد إنما يملك الغلة، فإن بقي حيا إلى الإياس ملك الرقبة أيضا، وإن مات قبل الإياس لا شيء له. فالشروع فيه حصل بوجوده وتمامه إنما يكون ببقائه إلى الإياس من الولادة، وهذا ظاهر، والله أعلم. (هـ) قوله حفظه الله.

في الغلة فقط، ويؤول الأمر إلى أن ما قاله التسولي خارج عن القولين معا، وذلك أن المذهب كله من عهد صاحبه وهو الإمام مالك رضي الله عنه إلى هلم جرا.. على قولين فحسب، قول الجمهور بتعجيل الغلة والاستيناء بالرقبة إلى الإياس ثم دفعها بعده لخصوص الموجود من الموصى لهم يومه دون من فقد منهم قبل حصول الأياس. وقول المقائل بالإستيناء بالجميع إلى الإياس ثم دفعه بعده للجميع ومن الجميع وارث الميت، فوافق التسولي الجمهور بالاستيناء بالرقبة دون الغلة، وخالف التابع لهم المقرر المحرز لمذهبهم وهو الشيخ ميارة في تعميمه وإطلاقه. إذ قال : وظاهر هذا القول أن من مات من الأحفاد قبل انقطاع الولادة لا شيء لوارثه، وإنما له ما استفاد في حياته من غلة إن كانت، لأنهم جعلوا الملك للأخير، ومن قبله إنما له المنفعة لا الملك. (هـ). ووافق المقائل في وجوب الاستيناء بالرقبة، وخالفه أيضا في قوله : إنه يجب الاستيناء بالجميع، ثم يدفع بعد الاستيناء للجميع. فقال إن الغلة لا يستأنى بها، فآل الأمر إلى أن التسولي أحدث قولا ثالثا، لم يقل به احد من اهل المذهب فيما علمنا، وهذا الذي قاله أي المفتي المقابل، وجاءت فتوى التسولي على وفقه من إحياء الميت بالذكر، وأخذ وارثه ما كان له من الغلة، لا حديث عنه في نصوص المتقدمين والمتأخرين وفتاويهم من عند آخرهم ألبتة، ولا حام أحد حول ذكره لا بالتصريح ولا بالايماء في صورة ما من الصور، لا في صورة موت البعض وبقاء البعض، ولا في صورة عدم بقاء أحد، لا فيما قبل الاياس ولا فيما بعده. ويبعد كل البعد أن يكونوا موافقين للمقابل في هذا الأمر الذي هو إحياء الميت بالذكر، ولو في صورة ويغفلوه ويهملوه ويعرضوا عنه، ولا يتعرضوا له ولو بشطر كلمة فكيف يسوغ لنا أن نوافق التسولي ونتبعه عليه ونعدل عن كلام رجل من المحققين، الذين يعتد بكلامهم ويعتمد عليه ويستند إليه، مع كون عبارته صريحة في العموم والإطلاق ولا إشعار فيها بتخصيص ولا تقييد، وكون كلام الجمهور قاطبة كذلك انتهى الغرض منه.

ووقع السؤال عن الأحفاد الموصى لهم بالثلث أو بغيره إذا وجد عدد منهم، ولم ينحصروا، هل يصفق بعضهم على بعض في الغلة أو لا ؟ وهل بعد

انحصارهم يصفق بعضهم على بعض في رقبة الملك الموصى لهم به أم لا ؟ وهل لهم شفعة فيما بيع من الأصول في شركتهم قبل انحصارهم أم لا؟

والجواب الحمد لله، وأما الأحفاد الموصى لهم بالثلث أو بغيره من الأجراء، فإن كانوا كلهم موجودين وقت موت الموصي فلا إشكال في تصفيق بعضهم على بعض، وكذا إن وجدوا بعد موته في وقت واحد. وأما إن وجدوا بعد موته مترتبين واحدا بعد واحد، كما هو نازلة السؤال، فلا يصفق واحد منهم على الآخر، لعدم اتحاذ مدخلهم. لأنهم انما يملكون غلة الشيء الموصى لهم به بعد وجودهم على الترتيب، فإذا وجد واحد منهم أخذ جميع الغلة ثم إن وجد آخر بعده دخل معه في غلة حاضرة ولا شيء له فيما استغله الحفيد الأول قبل وجوده، وهكذا. لأن وجد ثالث ورابع وهلم جرا. ومن مات منهم بطل حقه بالكلية ولا يورث عنه بحال، وعليه فلا يصفق واحد منهم على الآخر غلة لشيء الموصى لهم به لكونهم لم يملكوها في وقت واحد بل بعضهم سابق على بعض. والقاعدة أن من دخل وحده يخرج وحده. ففي جواب للإمام سيدي عبد القادر الفاسي ونقله الشريف العلمي في نوازله ما نصه : يظهر من كلامهم أن المراد بالاتحاد الشخصي والحقيقي لا التقديري والتنزيلي، إلى أن قال : ومن عدم الاتحاد اشتراؤهما من رجل واحد، لكن كل واحد اشترى جزءاً منفردا، ولم يشتركا في عقده. وإن كان في عقد واحد واشترى واحداً بعد واحد في أوقات متعددة. قال أبو عبد الله الفتشالي : وهذا إذا ورثا ذلك، أو اشترياه جملة في صفقة، فأما لو اشترى كل واحد منهما جزءا منفردا أو واحدا بعد واحد لم يجبر أحد منهم على إجماع البيع مع صاحبه إذا دعى إليه. لأنه كما اشترى منفردا يبيع منفردا أو لا حجة له هنا في بخس الثمن في بيع نصيبه منفردا لانه كذلك اتشرى فلا يطلب الربح فيما اشترى بإخراج شريكه من ماله. (هـ). وأصل هذا للقاضي عياض في التنبيهات، وقد نقله ابن غازي وغيره، فتأمل قوله : أو اشترى كل واحد منهما جزءا منفردا أو واحدا بعد واحد، فإنه يبين لك أن مقصودهم باتحاد المدخل أن يقع في عقد واحد في وقت واحد لحصص متعددة، ومثله يجري في الميراث الخ... قف عليه. وأما قول المختصر : «فالملك له

بالموت» بمعنى أن ملك الشيء الموصى به يحصل للموصى له بمجرد موت الموصي فخلاف ما به عمل فاس بدليل قوله :

وغلة قبل وجود الموصى له لوارث أنل تخصيصا

إذ لو كان الموصى له يملكها بموت الموصي، لجمعت وحفظت من وقت موته حتى تدفع إليه إذا وجد، ولم يجز للوارث تناولها ولا أخذ شيء منها بحال، ولو أكل منها شيئا للزمه غرمه. وهما قولان في المسألة، أي فيمن يستحق الغلة بعد موت الموصي وقبل وجود الموصى له وقبوله، فقيل : الورثة وهو المعمول به، بناء على أن الملك للموصى له بالقبول، وهو لا يكون إلا بعد وجوده فيقبلها له وليه، وقيل الموصى وهو المشهور. إذ قال فيه في المختصر : «فالملك له بالموت». التوضيح : اختلف إذا قبل بعد الموت، وقد كان تأخر القبول عن الموت، فالأصح أن الموت كاشف أن الموصى به ملك للموصى له من حين الموت، وقيل : إنما حصل الملك حين القبول، فيكون الملك قبل القبول لورثة الموصي ابن الحاجب، وعليهما ما يحدث بعد الموت وقبل القبول من ولد أو ثمرة، التوضيح. فعلى الأصح يكون للموصى له، وعلى مقابله يكون للورثة. (هـ) ولا تقاس هذه الصورة على أحد الورثة، اذا كان حملا وقت موت موروثه، فإنه يصفق على بقية الورثة وإن تأخر في الوجود عنهم. لأن هذا الحمل هنا ملك حظه وقت وفاة موروثه، فالاتحاد في المدخل حاصل، بدليل أنه ياخذ حظه من الاصل والغلة معا، إذا استهل صارخا من يوم وفاة موروثه، ولو كان غير مولود، ويوقف قسم التركة وإخراج الوصايا لأجله، وإذا مات بعد موت ولادته حيا فإنه يورث عنه جميع ذلك، بخلاف الموصى له في الجميع، وإذا اختلفا في الأحكام فلا يقاس واحد منهما على الآخر، وأما الرقبة إذا ملكوها بانحصارهم فإنهم يصفق بعضهم على بعض ولا إشكال في ذلك، لاتحاد مدخلهم فيها بموت آخر آبائهم، تأمله. وأما شفعة الأصول التي بيعت في شركتهم قبل انحصارهم، فقال أبو العباس الهلالي في نوازله : وفي ثبوت الشفعة لهم نظر، لأن من شروطها ثبوت ملك الشفيع لشقصه قبل البيع. والوصية لمجهول ياتي لا يتحقق ملك الرقبة فيها إلا بانقطاع النسل لتحقق المالك على ما جرى به

العمل، وصرح بعض المحققين بمشهوريته، وعدم عد من مات قبل انقطاع النسل بالذكر. (هـ). والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به (هـ).

وسئل الشيخ الرهوني عن الموصى لهم الذين يملكون بموت الموصي مع الورثة، هل لهم أن يصفقوا على الورثة كالعكس أم لا؟

فأجاب : إن مسألة العكس مذكورة في الشيخ ميارة في شرح الزقاقية فلتنظر فيه. وأما جبر الموصى لهم الورثة على البيع، فلم أر من تعرض لها الآن بخصوصها، ولكن هي مأخوذة من كلامهم، فإن كان ذلك مما لا يقبل القسم فإنهم يجبرون لدفع الضرر، مع اتحاد المدخل. إذ بالموت انتقل الملك لجميعهم.

وفي المختصر فالملك له بالموت مع أن الوارث إنما يرث بعد الوصية، كما في التنزيل، وإن كان فيما يقبل القسم فعلى المنصوص للمتقدمين لا جبر، لأن الورثة إذا ارادوا إخراج الثلث أولا، ثم يقسمون ما بقي بينهم، وامتنع من ذلك الموصى لهم قضى للورثة بما طلبوه، وكلام اللخمي يقتضي أن ذلك متفق عليه لأنه ساقه مساق الاحتجاج لمسألة أخرى، وعلى ما جرى به العمل من أنه يحكم في قابل القسم وما لم يقبل يجبرون أيضا. قاله وكتبه عبد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج وفقه الله. (هـ). ونحوه قول التسولي قد يصفق الموصى له ملكا على الوارث، لاتحاد مدخلهم، لقول خليل : وقبول المعين شرط، فالملك له بالموت وكذا رأيته في جواب لبعض المتأخرين، وحد الصفقة الذي هو اتحاد المدخل صادق عليه. (هـ).

قلت : أما الورثة فيصفقون على الموصى لهم ولا إشكال، وأما الموصى لهم فإن كانوا موجودين وقت موت الموصي كما أشير إليه في السؤال أعلاه، فكذلك يصفقون على الورثة لاتحاد المدخل، وإن تأخر وجودهم عن موت الموصي فلا صفقة لهم على الورثة، على المعمول به الذي هو اتحاد المدخل، لتأخر ملكهم عن الورثة. وانظر ما سياتي عن نوازل اليازغي، والله أعلم.

مسألة في الشفعة صورتها رجل أوصى لولده بثلثه وعين مخرجه في نصف جنان له في شركة أجنبي، فمات الموصي قبل أن يولد لولده فوقف الثلث حتى

يولد له، ومن جملته نصف الجنان الذي عينه الموصي، ثم إن الشريك الأجنبي باع نصفه قبل استحقاق الوصية، فهل فيه شفعة أم لا ؟ فالحكم في المسألة أن لا شفعة فيه لا لولي الموصى له، ولا لورثة الموصي. فأما الأول فدليله ما ذكره الشيخ يعيش في كواكبه في مبحث الشفعة، ونصه، قول ابن عرفة : الشفعة استحقاق شريك الخ...

قلت : ظاهره ولو كان الشريك حملا، وظاهره أيضا ولو كان الشريك غير موجود بالكلية، فتدخل مسألة من أوصى لمن سيولد من ابنته إذا تزوجت، وهو كذلك. قال في المدونة ولا ياخذ الوصي للحمل بالشفعة حتى يولد ويستهل لأنه لا يملك الشقص المستشفع به إلا بعد أن يولد. (هـ) قال العبدوسي وقعت مسألة بمجلس الفقيه اليزناسني وكنت حاضرا وهي أن رجلا أوصى بجزء من ماله لأول ولد تلده ابنته فمات الموصي وكان له شقص في دار فباع شريكه في تلك الدار نصيبه، ثم تزوجت ابنة الميت وولدت ولدا، فهل ياخذ لهذا الولد بالشفعة أم لا؟ فقلنا يؤخذ له بالشفعة، واعتمدنا على مسألة الكتاب هذه، ووافقنا على ذلك شيوخنا أجمع وأفتوا به. (هـ) نص الكواكب وهو كاف في عدم شفعة الولي الآن ودليل الثاني هو أن الورثة لا يملكون الآن الشقص المستشفع به حتى يقع اليأس من الولادة بموت الولد أو نحوه، وقد وقع الخلاف في غلة الموصى به إذا قبل الموصى له بعد الموت، وقد كان تأخر القبول عن الموت، فالأصح كما في ابن الحاجب والتوضيح : أن القبول كاشف أن الموصى له ملك الموصى به من حين الموت، وقيل إنما حصل الملك حين القبول، فيكون الملك قبل القبول لورثة الموصي، هكذا نقل ابن الحاجب الخلاف في المسألة تبعا لابن شاس، وحكى بعضهم الاتفاق على أنه للموصى له نقله في التوضيح. فإذا بنينا على الأصح، كما في عبارة ابن الحاجب. أو المشهور، كما في عبارة المكناسي. والمتفق عليه، كما في التوضيح عن بعضهم ويقرب منه كلام التونسي من أن القبول كاشف أن الموصى به ملك للموصى له من حين الموت، فلا إشكال في عدم وجوب الشفعة الآن للورثة. ولا يتوقف فيه احد لوضوحه. وكذا إذا بنينا على مقابل الأصح أو المشهور من أن الملك إنما حصل

حين القبول، فهم إنما يتسحقون أخذ الغلة لا الرقبة، فلا شفعة لهم باستحقاق أخذ الغلة. لأن الشفعة إنما تكون بملك الشريك الشقص المستشفع به، كما في سائر عباراتهم وهم إنما يملكون الغلة، فإن قلت قد جرى العمل بوجوب أخذ الورثة الغلة الناشئة بعد الموت وقبل وجود الولد وقبول وليه حسبما في نظم عمل فاس حيث قال :

وغلة قبل وجود الموصى له لوارث أنل تخصيصا

وإن العلامة سيدي محمد ابن ابي القاسم لما شرحه وذكر ما في المسألة من الخلاف، وأن العمل جرى بغير المشهور. قال : أن القول بأخذهم الغلة مبني على أن الملك حصل للموصى له حين القبول، فيكون ذلك مقضيا لوجوب الشفعة للورثة. قلنا هذه قضية خاصة جرى العمل فيها بأخذ الغلة. والخاص لا يقضي على العام، فهي جارية على خلاف المشهور، فيقصر الحكم فيها ولا يعمها وغيرها، إلا أن لو قال قد جرى العمل بذلك القول في كل مسألة مسألة. أو عبارة تشبه ذلك مؤذنة بالعموم وإلا فلا خلاف لمن توهم خلاف ذلك، وأفتى بوجوب الشفعة وربكم أعلم بمن أهو هدى سبيلا.(هـ).

وسئل الشيخ المصطفى الرماصي محشي التتائي، كما في أجوبته عن قول المختصر : وإن ثبت أن عقدها خطه الخ... ما المراد بقوله : ولم يشهد، فقد التبس على البعض هنا، فإنه قد يشهد عليها بأن يقول لشاهدين اشهدوا علي بأن هذه وصيتي، وقد يدفعها لمن يشهد على خطه، وقد يقول فيها : وأشهد من يقف عليها أو على خطي، وقد يوقع شهادته بذكر اسمه أو وضع علامته آخرها، فما الذي يتعين ويعمل به من هذه الأشياء المذكورة، وكذا قوله نفذوها تارة يقول للمشهود نفذوها أو لينفذها من وقف عليها أو نحو ذلك مجروراً ما يعول عليه من ذلك والله إعلم سبحانه المستعان، وعليه التكلان، نسأله سبحانه لنا ولكم ولجميع الإخوان الإعانة والنجاة، والسلامة في الحركات، والسكون آمين بمنه.

فأجاب بما نصه : وأما سؤالك عن قول المؤلف في الوصية وإن ثبت أن عقدها خطه الخ... ما المراد بقوله ولم يشهد، فقد التبس على بعض هنا، فلا أدري

ما التبس، ومن المعلوم أن ليس المراد هنا الإشهاد بشيء مخصوص، بل المراد ما يدل على العزم، ولا يكفي مجرد الكتابة به، إذ قد يكتب غير عازم. وسواء قال : اشهدوا علي بما فيها، أو على وصيتي، أو على خطي، أو قال أشهد من يقف عليها أو على خطي. وكذا جعل عياض أنفذوها في كتبه كالاشهاد. وهو ظاهر كلام المؤلف، لأن قوله : أو لم يقل أنفذوها راجع للصورتين، إذ قوله أنفذوها يدل على العزم كالإشهاد ولا يكفي ذكر اسمه أو وضع علامته آخره. لأن قوله : هذا خطي في كتابه مجرد عن الإشهاد. وأما قوله هذه وصيتي، فهو كالاشهاد. وهذا كله يؤخذ من كلام ابن الحاجب وابن شاس وغيرهما، وبما ذكرناه لك نعلم جوابه عن قولك، وكذا أنفذوها. وهذا واضح لا يحتاج إلى كبير فكر، والله الموفق. وكتب مسلما على من يقف عليه عبيد الله أصغر عبيده وأحقرهم محمد المصطفى الرماصي طالبا منه صالح الدعاء بالتوفيق. (هـ).

وسئل الشيخ الرهوني من بعض علماء طنجة عن قول أبي علي ابن رحال في شرح قول المختصر : «ورجع لاب وذي قدر زوج» الخ... ما نصه :

فائدة : قال في المنتخب وفي سماع علي بن زياد. **وسئل** مالك عن رجل أنكح أولاده، وأنفق على كل واحد منهم من ماله في إنكاحه شيئا معلوما وأشهد أن لمن بقي من أولاده الصغار ممن لم ينكح في ماله مثل ما أعطى من أنكح منهم ثم مات الأب على ذلك فقال : إن أبرز لهم شيئا من ماله وأشهد عليه جاز وإلا فلا شيء لهم انتهى باختصار. ذكره بعد ترجمة الإحلال والإحصان بقريب منها. (هـ) المطلوب من سيدنا الجواب عنه هل هو معتمد معمول به أم لا ؟ لأني وجدته بخط شيخنا سيدي محمد الجنوي الحسني رحمه الله، ثم أحال بعد على نظر الأسئلة الخالدية في المعيار، فنطلب من مولانا بيان ذلك مأجورا مشكورا الخ...

فأجاب : الحمد لله، لا إشكال في صحة ما قيد أعلاه إلا قوله : فإن أبرز لهم شيئا من ماله وأشهد عليه جاز، فإنه مقيد بأن يكون ذلك الشيء الذي ابرزه وأشهد عليه مما يعرف بعينه، فإن كان مما لا يعرف بعينه كالدراهم والدنانير ونحو ذلك فلا يجوز، حتى يعطيه لمن يحوزه لهم كما أشار له في المختصر بقوله : «إلا

ما لا يعرف ولو ختم» الخ... ومسألة الأسئلة الخالدية وقع فيها ذلك من الأب في حال مرضه، ونص الجواب عنها قوله : وما أعطى لبقية أبنائه في مقابلة ذلك في مرضه المذكور وصية لوارث، فتتوقف على إجازة الورثة إن مات من مرضه ذلك، وإن صح فكإنشاء الصحة على المشهور انتهى منه. قاله وكتبه عبد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج وفقه الله. (هـ).

وسئل أيضا عن الموصى لهم الذين يملكون بموت الموصي مع الورثة، هل لهم أن يصفقوا على الورثة كالعكس أم لا؟ وعن الموصى لهم بالغلة، وبعد ذلك بالرقبة هل ملكهم للرقبة في وقت ملك الورثة لها، أو ملكهم مستأنف إلى انقراض أولاد الصلب. وعليه فهل يصفقون على الورثة أو لا يصفقون إلا على أنهم ملكوا في آن واحد وإنما وقف الاصل لوجود بقيتهم جوابا تاما.

فأجاب : إن مسألة العكس في قوله كالعكس مذكورة في الشيخ ميارة في شرح الزقاقية فلتنظر فيه. وأما جبر الموصى لهم الورثة على البيع فلم أر من تعرض لها، الآن بخصوصها، ولكن هي مأخوذة من كلامهم، فإن كان ذلك فيما لا يقبل القسم فإنهم يجبرون لدفع الضرر مع اتحاد المدخل اذ بالموت انتقل لجميعهم. وفي المختصر : «فالملك له بالموت» مع أن الوارث إنما يرث بعد الوصية، كما في التنزيل وإن كان فيما يقبل القسم، فعلى المنصوص للمتقدمين لا جبر، لأن الورثة إذا أردوا إخراج الثلث أولا ثم يقسمون ما بقي بينهم، وامتنع من ذلك الموصى لهم قضى للورثة بما طلبوه. وكلام اللخمي يقتضي : أن ذلك متفق عليه لأنه ساقه مساق الاحتجاج لمسألة أخرى، وعلى ما جرى به العمل من أنه يحكم في قابل القسم وما لم يقبل يجبرون أيضا.

والجواب عن الثانية كالأولى سواء على القول بأن من مات منهم يحيى بالذكر ويكون نصيبه لورثته لأن ملك من وجد قد تحقق وأما على الراجح من أنه إنما يكون ملكا لمن وجد يوم القسم، وأنهم إن ماتوا كلهم قبل اليأس من الولادة رجع ذلك لورثة الموصي فلا جبر لهم لأن من وجد الآن لم يتحقق ملكه حتى يبيع

فضلا عن أن يجبر غيره على البيع والله اعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج وفقه الله.

قلت : قال الشيخ ميارة في شرح التحفة لا بد من ذكر ما حضرني من فروع المسألة، الأول إذا قال الموصي أوصيت لولد ولدي ولمن يزاد ويولد لدي، فإن وصيته تشمل من كان موجودا يوم موت الموصى من الأحفاد ومن عسى أن يوجد منهم، وإن قال لولد ولده ولم يقل ولمن يزاد أو يولد، فإن لم يكن لولده ولد يوم الوصية فكذلك أيضا يشمل الإيصاء كل من يولد لولده، وإن كان له حفيد واحد يوم الوصية أو أكثر. فهل تكون الوصية للموجود منهم إذ ذاك ولمن كان موجودا ولمن سيوجد؟ قولان :

الراجح الثاني : لقوله في التكميل :

والخلف في ولده ولم يزد هل يدخل الموجود قط أو يشمل
جميعهم وذا ارتضى إذ ينقل

أنظر المعيار.

الثاني : إذا لم يذكر في الوصية لفظ وتحبيس ولا صدقة فتحمل على التمليك للموصى لهم وتقسم بينهم قسمة ملك على السواء، لا يؤثر فيه فقير على غني نقله في المعيار أيضا.

الثالث : إذا وجدت غلة فهل تقسم على الموجود من الأحفاد، فإن ازداد غيرهم دخل معهم أو توقف إلى أن تنقطع ولادة الموجود من الأحفاد، فإن ازداد غيرهم دخل معهم أو توقف إلى أن تنقطع ولادة أولاد الصلب في ذلك رأيان للشيوخ :الراجح الأول وبه العمل. أنظر أوائل نوازل الاحباس من المعيار أيضا.

الرابع : ما يوجد من الغلة قبل أن يولد لولد الصلب أفتى ابن أبي الدنيا بأن الغلة اذا ذاك للورثة إلى أن يوجد أحد الأحفاد، وأفتى ابن علوان بأنها توقف للموصى له إلى أن يوجد.

الخامس : إذا قال في وصيته نصفها لأولاد بكر قسمت الغلة في المثال الأول نصفين، نصفها لأولاد عمرو. وثلثها لأولاد بكر قسمت الغلة في المثال الأول نصفين : نصفها لأولاد زيد واحدا كان أو أكثر، ونصفها الثاني لولد عمرو، كذلك وتقسم اثلاثا في المثال الثاني، ثلث لأولاد كل واحد وعلى هذا فقس، ومن مات منهم فحظه لمن بقي لا لوارثه، فإن كان لفريق أو أكثر أربعة مثلا من الولد فمات واحد قسموا على ثلاث، وإن ازداد واحد قسموا على خمس، وهكذا فإن ازداد ولد عند فريق أعطي من غلة تستقبل لا مما قسم قبل ولادته، ويقسم نصيب كل فريق على أولاد ذلك الفريق، الغني كالفقير والذكر كالانثى إلا بنص من الموصي، وهذا على القول بأن الغلة لمن وجد، وأما على القول الآخر فإن الغلة كلها توقف إلى أن تنقطع ولادة أبي ذلك الفريق، فتقسم على الحي منهم والميت، ويحيى الميت بالذكر ويقسم منابه على ورثته، واختار الإمام القاضي أبو عبد الله المقري القول بقسم الغلة على من حضر قائلا : إنه ظاهر قصد الموصي. وأما إن أجمل في وصيته : وقال ثلثي لأولاد ولدي فلان وولدي فلان، فإن الغلة تقسم على عدد الأحفاد من غير نظر لما عند كل واحد من الأولاد، ويجرى في قسمها على من وجد أو إيقافها إلى انقطاع ولادة أولاد الصلب:القولان المتقدمان، ويجري أيضا ما تقدم من انتقاض القسمة بموت واحد أو ولادته، لكن لا باعتبار ذلك الفريق الذي مات منه أو ازداد له فقط كما في الوجه المتقدم، بل يعتبر في هذا الوجه المجموع من الأحفاد.

السادس : لا يباع الأصل الموصى به أو المشترى بالعين أو بقيمة العرض الموصى بهما حتى تنقطع ولادة أولاد الصلب اتفاقا، فإذا بيع بعد انقطاعها أو لم يبع، فهل يكون ذلك الأصل ملكا للأخير من الأحفاد، ومن مات قبل انقطاع ولادة أولاد الصلب إنما له الانتفاع بالغلة فقط، وهو ملك لجميع الأحفاد فيقسم ثمنه كالغلة على القول بإيقافها : قولان، وقد بقي من المسألة فروع أخر يطول بنا ذكرها، راجعها في أخذ شرح نظمنا المسمى بالروض المبهج في شرح تكميل المنهج، نفع الله بجميع ذلك بمنه وكرمه. (هـ).

وأجاب العلامة أبو حفص الفاسي عن مسألة بما نصه :

الحمد لله، شهادة السماع واردة على خلاف الأصل، ويعمل بها في أشياء عدها أهل المذهب نظما ونثرا، فيتعين الوقوف عند ذلك ولا يتعداه، والوصية بالمال، قال ابن غازي لم أر من صرح بها، فمن أراد إعمال شهادة السماع فيها فليستظهر على ذلك بنص، وإلا فالوقوف مع الأصل أصل، ثم إن من شرط إعمال شهادة السماع أن يكون المشهود فيه من شأنه الإشهار وأن لا يختص بمعرفته بعض الناس دون بعض، حتى ذكروا أن الحبس الخاص لمعين لا يثبت بالسماع والوصية لمعين من هذا القبيل ومن شروطها أيضا عدم الريبة، وأي ريبة أقوى من شهادة الجم الغفير من أهل البلد والجيران والأقارب وكلهم يعرفون المرأة المذكورة ويشهدون بنفي السماع بهذه الوصية، فالواجب طرح هذه الشهادة وإلغاؤها، والله اعلم. وكتب عمر الفاسي. (هـ).

وبعده الحمد لله، يكفي في بطلان شهادة السماع المذكورة وعدم إعمالها كلام ابن غازي المذكور أعلاه، فلا يمترى في بطلانها وكتب محمد بن الحسن بناني. (هـ).

وسئل الشيخ الرهوني عن امرأة أشهدت شهيدين بوصية في ثلثها، ثم أشهدت أنها أبطلتها وأبطلت كل وصية تقدمت أو تأخرت، ثم أشهدت بعد ذلك الإبطال أنها أوصت بثلثها لفلان، والتزمت عدم رجوعها فيه، فهل الوصية الثانية يقضي بها ولا يوهنها ما أشهدت به المرأة المذكورة أولا من إبطال كل وصية تقدمت أو تأخرت عن تاريخه لأنهم نصوا على أن الوصية تبطل إذا أبطلها الموصي بها، بعد أن أشهد بها. فهل تبطل أيضا فيما إذا كان الإبطال قبل الوصية، كما في هذه النازلة أم لا؟ وإذا قلتم بالبطلان فما الحكم إذا التزمت عدم الرجوع فيها كما هو مذكور في هذا الإيصاء، أجيبوا ولكم الأجر.الخ...

فأجاب : الحمد لله، لا يصح الرجوع في الوصية المذكورة لانها لم تكن وقعت حين الرجوع، وهذا من باب أخذ الحق قبل وجوبه، ولا يجري فيه الخلاف الذي في إسقاط الحق قبل وجوبه، بل قال ابن رشد : إنه لا اختلاف في ذلك

على أنا لوسلمنا ذلك تسليما جدليا، لم يصح الرجوع عنها، لالتزامها عدم الرجوع، فلو كانت سابقة ما صح الرجوع عنها على الراجح المعمول به، كما في المعيار وغيره وما في العمليات معلوم ما فيه، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج وفقه الله بمنه. (هـ).

وأجاب الشيخ التاودي ابن سودة عن نحو المسألة بما نصه : الوصية التي التزم فيها عدم الرجوع اختلف الشيوخ فيها اختلافا كثيرا هل له أن يرجع عنها أو لا، فقال ابن رشد في المذهب للموصي الرجوع في الوصية وإن قال لا رجعة لي فيها. (هـ). وقال ابن ناجي : إنه ظاهر الكتاب. وأفتى به المقري وأبو عبد الله الشريف ورد عليهما الغبريني، وقال : لا رجوع فيها بعد التزامه عدم الرجوع فيها وبه قال البرجيني والهسكوري وابن البرا والمازري وابن فتوح. وقال ابن عرفة في مختصره الفقهي : إنه الأصح. قال الشيخ القصار وجرى الحكم من سيدي علي ابن هارون وسيدي عبد الواحد النوشريسي رحمهم الله تعالى : بالصلح، وهو الذي في نظم العمل إذ قال :

بالصلح في الوصية التي التزم ‏ ‏ ‏ ‏ انه لا رجوع فيها قد حكم

والله سبحانه أعلم. (انتهى) من أجوبته.

قلت : قال الشريف العلمي في نوازله : الذي تلقيته من شيخنا العلامة، خاتمة قضاة العدل، سيدي العربي بردلة مشافهة، أنه جرى العمل قديما بفاس من أشياخنا وأشياخهم بالصلح بين الموصى له وبين الورثة، على أن النصف يكون للموصى له الملتزم في وصيته عدم الرجوع، والنصف لمن ينازعه برجوع الموصي عن وصيته. (انتهى) بلفظه، وهو شاهد لنظم أبي زيد المذكور، وكذا يشهد له أيضا ما نقله جسوس في شرح المختصر عن سيدي عبد القادر الفاسي، ونصه : قال الإمام القوري في جواب له : الذي به الفتيا وقضى به القضاة عند المتأخرين، أن لا رجوع للموصي عن الوصية التي التزم فيها عدم الرجوع، ويلزم ما التزم وهو نص الإمام أبي إسحاق التونسي. وقال ابن عرفة في مختصر الحوفية : إنه الأصح أو

الأشهر، وبه كان يفتي سيدي عبد الله العبدوسي وأفتى أيضا الشيخ ابن عاشر قائلا : إن هذا القول هو الذي ينبغي اعتماده في المسألة، وقد وجه ذلك بما هو مذكور في بعض أجوبته، وقد كتبه على نسخته من المعيار، فانظر ذلك. وأفتى شيخ شيوخنا شيخ المشايخ سيدي عبد القادر الفاسي، بأنه كمال تنازعه اثنان يقسم بينهما. (هـ). وهو كالصريح في ان العمل بالصلح المذكور في وقته، إذ لو كان العمل بما قاله القوري ما ساغ له العدول عنه. وقد قال أبو العباس الهلالي في نور البصر : إن جرى العمل بالقول يثبت بنص عالم موثوق به.الخ... وبه يبطل قول الرهوني تبعا للسجلماسي ما نصه : لأن العمل لا يثبت بحكم قاض واحد في قضية واحدة، ولهذا بحث شراح العمل في قول ناظمه :

بالصلح في الوصية. (البيت).

مع نقله في الشرح عن القويطي، أن حكم سيدي علي بن هارون وسيدي عبد الواحد الونشريسي جرى بالصلح. فقد قال العلامة ابن القاسم في شرحه الحكم بالصلح، لم أقف عليه الا على نقل الناظم له عن سيدي علي بن هارون سيدي عبد الواحد الونشريسي. (انتهى) كلام الرهوني باختصار. وقد علمت مما نقله العلمي انه قصور وتبعهما أيضا التسولي فقال : لأن العمل لا يثبت بحكم قاض أو قاضيين. وأيضا فإن ذلك العمل لا يوافق قولا من أقوال المسألة، فلا ينبغي أن يلتفت إليه، لأن العمل لا بد أن يستند فيه إلى قول. وإنما ينبغي التعويل على قول الأكثر المعمول به في هذا القطر من لزوم عدم الرجوع.(هـ). فهو قصور أيضا. وقوله ان ذلك العمل لا يوافق قولا، ليس بشيء، لأنه موافق للقولين معا، وذلك ان القول باللزوم والقول بالرجوع كلاهما راجح. أما القول باللزوم فتقدم ترجيحه في كلام جسوس. وأما القول بالرجوع فهو ظاهر في التحفة والمختصر والرسالة، إذ لم يقيدوا الرجوع فيها بشيء. وصرح غير واحد بترجيحه. قال أبو علي بن رحال وكم في ذلك من الخلاف والاضطرابات الكثيرة والذي يظهر من ذلك رجحان القول بالرجوع مطلقا في العتق وغيره على اي وجه كانت الوصية وهو ظاهر المتن. (هـ). وقال في فصل الاعتصار أيضا : لكن الذي يظهر في

الوصية رجحانه هو صحة الرجوع وإن التزم عدمه على ما يظهر من أنقال المعيار، وإن كثر في ذلك الاختيارات. (هـ). ولما كان القولان متكافئين في الترجيح، وتعذر العمل بواحد منهما دون الآخر، حكم المتأخرون بالصلح أخذا بكل من القولين وجرى به عملهم، وقد أشار لهذا العلامة السجلماسي في شرح البيت المذكور فقال بعد أنقال ما نصه : فهاذان القولان كل منهما قوي في نفسه كما ترى، بل ذكر الزرقاني أن القول الأول هو المشهور، ونقل علي ابن ناجي : أن العمل بالثاني، ولأجل هذا الاختلاف في تعيين الراجح من القولين ما هو حكم بالصلح في المسألة من حكم به. (هـ) ويشهد للصلح المذكور ايضا ما قاله ابن سلمون ونصه : قال ابن الحاج : نزلت مسألة وهي رجل توفي وورثه زوجته وابنان من غيرها وباع في مرضه خادما من زوجته فاعترض وصي الاثنين البيع وقال انه توليج ليس بشراء، فأفتى ابن عتاب بإبطال البيع، وأن ترجع الخادم ميراثا وبمثله أفتى ابن الحاج وأفتى ابن رشد وأصبغ بن محمد بنفوذ البيع وخلوصه للزوجة، فأشار القاضي ابن حمدين بالصلح، أي بأن تكون الخادم نصفها للزوجة ونصفها ميراث. قال وهو عندي الاختيار، ونقله الشيخ ميارة في شرح اللامية. وقال استفيد من هذا الكلام أن الاختيار عند اختلاف فتاوي الفقهاء : الصلح. (هـ) ويشهد لذلك ايضا ما قاله ابن منظور، فيمن استغل مال زوجته ثم ماتت فقام ورثتها عليه، فذكر فيها قولين ما نصه : عمل بكل منهما فليجتهد القاضي ان يصالح. (هـ). وقول التحفة أيضا : والصلح يستدعي له إن أشكلا. البيت. وقول اصبغ ايضا في المرأة والعبد اذا زوجا امرأة إنه يفسخ بطلاق ولا ميراث لها. قال المحشي بناني ورجحه الشيخ أبو علي، بأن ابن القاسم اضطرب قوله في المدونة في إنكاح المرأة نفسها أو غيرها وإنكاح العبد. فقال مرة لا طلاق ولا إرث. وقال مرة فيه الطلاق والإرث، واصبغ توسط بين القولين، فالتابع له لم يخرج عن مذهبها. (انتهى) الغرض منه إلى غير هذا مما يطول، والله أعلم.

ونص فتوى بمضمون ما قلناه لقاضي تطوان وهو العلامة سيدي محمد عزيمان رحمه الله. الحمد لله الذي جعل العلم نورا يهتدي به كل ذي نظر سديد،

وعروة يتمسك بها كل موفق رشيد، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وأصحابه الذين كانوا يقضون بالحق وبه يعدلون.

وبعد، فإن الوصية التي التزم فيها عدم الرجوع، ثم وقع الرجوع عنها اضطربت فيها آراء المتأخرين وأجوبتهم، فمنهم من قال فيها بعدم صحة الرجوع عنها، وعليه ذهب القوري وحكى العمل عليه من المتأخرين، وبه كان يفتي العبدوسي وتبعه من بعده، ومنهم من قال بصحة الرجوع، وصححه غير واحد من المتأخرين. قال الشيخ حلولوا : وبه أفتيت لما نزلت، وهو مقتضى المدونة وغيرها من كتب المذهب اذ لم يفصلوا، قال وصرح شيخنا ابن ناجي في شرح المدونة ان به العمل، وبعضهم صرح بمشهوريته. (هـ). وقال الشيخ القصار جرى الحكم من سيدي علي بن هارون وسيدي عبد الواحد الونشريسي بالصلح، وإليه أشار صاحب العمليات بقوله :

بالصلح في الوصية التي التزم   انه لا رجوع فيها قد حكم

قال الشيخ سيدي عبد الرحمن الحائك في بعض أجوبته، وعليه عمل بلدنا وغيرها مما انتهى إليه عملنا بالمغرب، وبه قال شيخنا سيدي التاودي، وأفتى قائلا : وهو الظاهر لان فيه أخذاً بالقولين وبه أقول مستندا عليه :

وهل أنا إلا من غزية إن غوت   غويت وإن ترشد غزية أرشد

وهو الموافق لما افاده الشيخ ميارة على اللامية، وبه صدرت الفتوى منا ومن غيرنا، من حذاق الوقت وقادتهم. (هـ). وهو ظاهر لأنه لما ترجح كل من القولين وقع التوسط بينهما، وهذا واقع في المذهب غير مستنكر، فقد نقل المواق عن ابن يونس عند قول الشيخ خليل في الزكاة في عائل القراض : «وفي كونه شريكا أو أجيرا خلاف» ما نصه، ابن يونس. وقول ابن القاسم هذا استحسان رآه مرة أن له حكم الشريك، فوجوده يضمن حصته من الربح، وإن اشترى من يعتق عليه عتق ورآه مرة أنه ليس كالشريك، إذ ليس في أصل المال شرك وان ربح المال منه وحوله أصله، فلما ترجح ذلك عند توسط أمره. (هـ) وبه تعلم أن قول الشيخ

الرهوني وصاحب البهجة التابع له، ولا وجه لما ذكره صاحب العمليات تبعا لسيدي علي بن هارون وسيدي عبد الواحد الونشريسي لأن العمل لا يثبت بحكم قاض أو قاضيين وأن العمل لا يوافق قولا من أقوال المسألة، فلا ينبغي أن يلتفت إليه الخ... غير جيد، لأن ذلك الحكم فيه الأخذ بالقولين فلم يخرج عنهما بل فيه النظر والمراعاة للقولين معا، لا أنه خارج عنهما مع أن ذلك العمل ليس مقصورا على سيدي علي ابن هارون والونشريسي بل عمل جماعة من العلماء من أهل فاس، ففي نوازل الشريف بعد كلام في المسألة ما نصه :

قلت : الذي تلقيت من شيخنا العلامة خاتمة قضاة العدل سيدي العربي بردلة مشافهة أنه جرى العمل بفاس قديما من اشياخنا وأشياخهم بالصلح بين الموصى له وبين الورثة على النصف، يكون النصف للموصى له الملتزم في وصيته عدم الرجوع، والنصف لمن ينازعه برجوع الموصي عن وصيته. (هـ) وسيدي العربي بردلة متأخر عن صاحب العمليات، لأنه توفي سنة ثلاث وثلاثين من القرن الثاني عشر، وصاحب العمليات توفي سنة ست وتسعين من القرن الحادي عش وكذلك قول الرهوني جسوس متأخر عن هؤلاء، فلم يعول إلا على عمل العبدوسي ومن تبعه.الخ... جسوس هو من تلامذة بردلة المذكور فإنه أخذ عنه وعن المسناوي وعن عمه سيدي عبد السلام وتوفي في اثنين وثمانين من القرن الثاني عشر أيضا. فقول الرهوني : إن العمل لم ينقل استمراره الذي هو من شرط العمل معارض بما نقلناه عن نوازل الشريف نقلا عن شيخه بردلة، ومعلوم ان المثبت مقدم على النافي، فلا يلزم من عدم اطلاعه على استمراره عدم وجود الاستمرار عليه، والنفس مائلة لما ذهب إليه صاحب العمليات وتنشرح له الصدور، وبه كنت أحكم قبل هذا. والآن تقهقرت عنه ليس برجوع عما حكم به، وإنما توقف حتى يطلع على إفتاء من خالفه، بحيث لم يات مخالفه بحجة فلا توقف عنده. بل هو باق على ما حكم به. لما نقف عليه من افتائك الموافق لما ذهب عليه الشيخان : الرهوني والتسولي مع أن هذه النازلة كثير وقوعها حتى في هذه الأيام وقعت مرتين في الإيصاء بحبس مرة داخل البلد، وكتبت به للزكري ومرة في حبس خارج البلد فأردنا منك أن تعيد النظر، تبرز لنا ما ظهر لك، لأن المذاكرة

في العلم من أسباب الخير، ولست ممن يعرف الحق، بالرجال، بل ممن يعرف الرجال بالحق، والله يقيك ويرقيك ويدفع عنك ما يؤذيك، وعلى المحبة والسلام. (هـ).

المسألة الأولى : كثيرا ما يقع السؤال عن الوصية بالتنزيل وهي مما تعم بها البلوى. قال ابن شاس : إذا قال وارث مع ولد أو من عدد ولدي أو ألحقوه بولدي أو ألحقوه بميراثي، أو ورثوه في مالي، أو يكون له ابن ومات أبوه، فيقول ورثوه مكان أبيه. ففي هذا كله أن كان البنون ثلاثة فهو كابن رابع، وإن كانوا أربعة فهو كخامس، ولو كان له ثلاثة ذكور وثلاث بنات، لكان كرابع مع الذكور، ولو كانت الوصية لأنثى لكانت كرابعة مع الإناث. (هـ) ونحوه لابن الحاجب وابن عرفة والمختصر، وقد حكى غير واحد الاتفاق على أن المنزل وشبهه يقدر زائدا، وهذا إذا لم يكن في الورثة ذو فرض، وإلا فإنك تخرج الفروض أو لا وتقسم الباقي على الأولاد، والمنزل المزيد عليهم، فما وجب للمنزل أخذه، ثم تضم السهام المعزولة لذوي الفروض إلى ما بقي للأولاد بعد أخذ المنزل، ما وجب له، ويقسم الجميع على فرائض الله تعالى كأنه لا وصية أصلا، وهذا صرح به ابن المواز، ونقله عنه ابن يونس كما في تكميل التقييد، وهو ظاهر لأنا نعزل أولا لذوي الفروض فروضهم، فإذا عرفنا ما ينوب الموصى له رددنا ما عزلنا لذوي الفروض الى ما بقي للأولاد، وقسمنا الجميع على فرائض الله تعالى، فيلزم من كون الفضل المذكور يقسم على جميع الورثة أن يكون لكل واحد من الأولاد إذا كانوا مع أهل الفروض أكثر من القدر الذي يكون للموصى له، لأن لفظ الموصي يقتضي أن يأخذ أهل الفروض فروضهم كاملة ويقسم الباقي على الأولاد، ومن نزل منزلتهم على السواء فيعود ضرر الوصية على الأولاد فقط فمنع الموصى من غرضه فيرجع الأولاد حينئذ على ذوي الفروض بما دفعوه عنهم للموصى له فيلزم منه ان يرجع للأولاد شيء، وذلك الفرض المعزول ابتداء فياخذ الإبن الحقيقي أكثر مما ياخذه المنزل، وإنما منع الموصي مما يقتضيه ظاهر لفظه لوجوب تقديم الوصية على الميراث فيدخل ضرر الوصية بهذا على جميع الورثة أهل الفروض وغيرهم، وليس للموصي أن يخص ضررها ببعض الوصية دون بعض، فافهمه. هذا ومحل ما تقدم من

التفصيل إذا كان لفظ الموصي مطلقا كما في نص ابن شاس، اما لو كان لفظ الموصي صريحا في قصد التسوية بين المنزل وأحد الأولاد لوجب التساوي، ووجب إعمال فريضتهم بعمل يقتضي دخول ضرر الوصية على جميع الورثة، وذلك فإن تصحح مسألة الورثة بدون وصية وتعطى للموصى له مثل واجب أحد الأولاد وتحمله على ما كانت عليه المسألة كالعول يكون ما تصح منه المسألة بوصيتها، ويلزم في ذلك مساواة المنزل لأحد الأولاد. ومثاله تركت زوجا وابنا وبنتا، وأوصت أن ينزل زيد منزلة ابنها بوجه العمل فيها إذا لم يكن ما يقتضي المساواة أن تصحح مسألة الورثة من أربعة وتصحح بعدها مسألة زيادة الموصى له على الأولاد من عشرين لوجود الانكسار واعزل منها ربع الزوج وافهم قسم الباقي على من عداه فيخرج للموصى له ستة يأخذها، وتضم ما عزلت للزوج إلى ما بقي بعد اخذ الموصى له سهامه يجتمع أربعة عشر، وهي توافق الاربعة بالنصف فتصح المسألة بوصيتها من أربعين. وافعل على ما تقدم، يخرج للمنزل اثنا عشر وللزوج سبعة، وللابن اربعة عشر، وللبنت سبعة. ووجه العمل فيها إذا كان هنالك ما يقتضي المساواة ان تصحح مسألة الورثة فقط. سواء كانوا عصبة أو كان فيهم أهل الفروض، ثم تعطي للموصى له مثل ما وجب للولد الذي نزل منزلته، وتزيده على ما صحت منه مسألة الورثة كالعول فيصح المثال المذكور من ستة، لأن مسألة الورثة من أربعة، وسهام الابن إثنان، تعطى مثلها للموصى له، واحملها على الأربعة يجتمع ستة، فللموصى له إثنان، وكذا للابن، وللزوج واحداً، وكذا للبنت. قال الشيخ الرسموكي في شرح أرجوزته في الفرائض وينبغي للشهود أن يسألوا الموصي حين الإيصاء بما ذكر عن مقصوده، ليكتبوه بعبارة صريحة لا احتمال فيها، ومثله تلقيت من شيخنا العلامة الأوحد سيدنا الجد رحمة الله عليه. قال الشيخ بنيس في شرح فرائض المختصر.

المسألة الثانية : لو كان المنزل متعددا وفيهم ذكور وإناث، كما لو قال الموصي : اعطوا أولاد ولدي فلان، ما كان يرثه أبوهم لو كان حيا، أو أنزلوهم منزلته، فهل يقسمون الذكر كالأنثى، لأنه الشأن في العطايا أو يقسمون للذكر مثل حظ الأنثيين، لأن قصد الموصي أن ياخذوه على الوجه الذي ياخذونه به، لو

عاش أبوهم حتى مات أبوه فورثه ثم مات فورثوه، وهذا هو الذي أفتى به أبو عبد الله المنصوري قائلا وهو الصحيح وبه العمل، حسبما في شرح العمل، وبه أفتى الشيخ التاودي ونصه :

الحمد لله، إذا قال الرجل الذي مات ولده، وله ولد غيره، أو أولاد ولدي بمنزلة أبيهم، وأوصى بذلك ومات، وكان للولد الهالك ذكر وإناث، فإنهم ياخذون ما يجب لأبيهم لو كان حيا، إن لم يزد على الثلث يقسمونه فيما بينهم، للذكر مثل حظ الانثيين، هذا معنى قوله نزلوهم منزلة أبيهم، أي قدروا أباهم حيا، فياخذ نصيبه ثم ياخذونه عنه كما لو اخذه وهو حي ثم مات عنه، وغير هذا لا معنى له. وقولهم التنزيل وصية صحيح، ومرادهم انه يخرج من الثلث وأن بقية الورثة يرجعون على الزوجة أو غيرها من ذوي الفروض، فترد ما بيدها ثم يقسمونه جميعا كأنه المتروك وليدخل بذلك التنزيل على الجميع، كما في الوصية لقوله تعالى : ﴿ **من بعد وصية يوصي بها أو دين** ﴾. (هـ). نقله الرهوني في حاشيته.

المسألة الثالثة : إذا كانت الوصية لمن وجد ولمن سيوجد من أبناء الإبن، فمات الموصي قبل الإياس من زيادة الأحفاد الموصى لهم، فالذي أفتى به اكثر العلماء حسبما في المعيار أن من وجد منهم ياخذ جميع الغلة، فإذا وجد غيره دخل معه غلة أخرى حاضرة بالسواء، ومن مات منهم فلا شيء لوارثه في الغلة، وهكذا يكون الأمر إلى حصول الإياس من زيادة الموصى لهم فتكون رقاب الوصية ملكا حقيقيا لمن كان منهم حيا حين الإياس من زيادتهم دون من مات قبل الإياس، فلا شيء لوارثه، إذ ليس له إلا ما أخذه من الغلة في حياته، فهذه الوصية حينئذ هبة المنافع لمن مات منهم قبل الإياس، وهبة الرقاب لمن كان حيا منهم حين انحصار جملتهم بحصول الإياس، من زيادتهم. وأما من افتى بإيقاف جميع الغلة كالأصول إلى الإياس، فيقسم جميع الغلة والأصول لجميع الموصى لهم، فمن مات منهم كان حظه في الغلة والأصول لوارثه، فهو غير مرضي عند الأكثر، إذ لا يقصد الموصي إيقاف الغلة إلى الإياس، لأنه معرض للتلف المانع من الانتفاع بها بالكلية، هذا محصل ما عند الشيخ ميارة في شرح تكميل المنهج. وكتب عليه الشيخ الرسموكي ما نصه : قال كاتبه وفقه الله : العرف في هذه البلاد السوسية ربما كان مخالفا

للقولين المذكورين، لأن قصد الناس غالبا بذلك أن تكون كل غلة حاضرة لمن حضر منهم لقسمها، ولمن مات قبل ذلك، لأن حق الميت يكون لوارثه في كل غلة إلى حصول الإياس من زيادتهم، فتكون رقاب الوصية لجميع الموصى لهم الأحياء والأموات، فيكون حق كل ميت لوارثه، فيجوز لهم حينئذ التصرف في ذلك ببيع أو غيره، لظهور قدر ما يملكه كل أحد عند انحصار جملتهم، فالوصية على هذا هبة المنافع لمن حضر الغلة ولمن مات قبل وجودها وهبة الرقاب لجميع الموصى لهم، لأن من حق الميت لوارثه في الغلة والأصول، إذ مراد الموصي أن يكون الحق فيها لكل من حدث دون من بقي في العدم، وكل بلد جرى فيه العرف بما ذكرناه يعمل فيه بعرفه، وإن كان فيه مخالفة للمنصوص، لأن أعراف الناس في الصيغ تعتبر في سائر أبواب الفقه فتختلف أحكامهم باختلاف مقاصدهم بألفاظهم. انتهى من شرح بنيس لفرائض المختصر.

وأجاب بعض أهل العصر من مكناس بما نصه : وأما الثلث الموصى به للأحفاد بالثلث المشار إليها، فلا يخفى على من له أدنى مسكة من العلم أنه باطل لا يقضى به، وإن التزمت الموصية فيه عدم الرجوع لما ثبت بالموجب المنتسخ فرعه أعلاه من استحفاظها واسترعائها قبل صدور الإيصاء منها، حسبما هو مبين بالنسحتين حيث أشير، قال في التبصرة : الاسترعاء ينفع في كل تطوع كالعتق والتدبير والطلاق والتحبيس والهبة، ولا يلزمه أن يفعل شيئا من ذلك وإن لم يعلم السبب إلا بقوله. (هـ). وقال ابن سهل : يصدق المسترعي فيما يذكر من التطوع وإن لم يعرفه شهود الاسترعاء. (هـ). الخ...

وأجبت : عقبه الحمد لله، الجواب أعلاه صحيح. ففي نوازل سيدي عبد القادر الفاسي أنه **سئـــل** عن امرأة أوصت لأخيها بثلثها وذكرت في وصيتها أنه مهما أظهر زوجها رسما يقتضي رجوعها على هذه الوصية فهو كذب عليها، وقد أبطلته إبطالا كليا، فلما ماتت وحضرت القسمة أظهر الزوج رسما برجوعها عن الوصية المذكورة، فدخل من أصلح بينهما، وقسم لهما الثلث وتبارءا في ذلك بالإبراء التام، بناء على صحة عقد الرجوع، الذي استظهر به الزوج. فبعد أيام

التقى والد الزوجة، وهو والد الولد الموصى له أيضا بواحد من شهود الرجوع، فقال الشاهد : إني لم أسمع من الهالك شيئا، وإنما ذكر ذلك لي صاحبي، فشهدت على شهادته فقط، مع أن عدول الوصية أزكى من هذين اللذين شهدا في الرجوع، فهل يفسخ ذلك. الخ...

فأجاب : إن الوصية لأخيها صحيحة نافذة، ولا أثر لما أتى به الزوج من الرجوع، لأن التي أوصت قد تحصنت من هذا الرجوع بالخصوص واسترعت فيه أولا، وصرحت بذلك، فليس هذا من الوصية الملتزم فيها عدم الرجوع، التي اختلفت فيها فتاوي المتأخرين لما ذكرناه من الاسترعاء في ذلك على التعيين، وبهذا افتى ابو القاسم العقباني في مثل ذلك، هذا مع ما انضم إلى ذلك من توهين شهادة رسم الرجوع من رجوع أحد الشاهدين، وعدم المماثلة برسم الوصية في تحقيق العدالة، والله اعلم. (هـ). وفيه كفاية. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عمن أعمر لولد أخيه محلا بفاس يسكنه، وحوزه له بعدلين معاينة وأوصى له بمائتي ريال، ولأخته بمائة، ولزوجه بمائة، والتزم في وصيته عدم الرجوع، وأشهد في وصيته أن كل ما يستظهر به ولده الحاج ادريس بعد موته، مما يقضي الرجوع عن وصيته أو غير ذلك، فهو زور وكذب. الخ... ثم بعد موته استظهر ولده المذكور بشهادة عدلين من مكناس أن الموصي رجع عن العمرى وعن الوصية، وأبطل حكمها. الخ...

فأجبت : الحمد لله، ما استظهر به الولد المذكور باطل، أما رجوع والده عن العمرى بعد حوزها معاينة فلا يفيد شيئا، لأن العطية تلزم بالقول على المشهور، ويجبر المعطي على دفعها للمعطى له، فلا معنى للرجوع فيها، وأما رجوعه عن الوصية فلا يصح أيضا. أما أولا : فإن المعتمد فيمن التزم في وصيته عدم الرجوع أنه لازم له، ولا انفكاك له عنه. قال الشيخ جسوس في شرح المختصر، نقلا عن القوري ما نصه : الذي به الفتوى ومضى به القضاء عند المتأخرين، أن لا رجوع للموصي عن الوصية التي التزم فيها عدم الرجوع، ويلزمه ما التزم وهو

نص التونسي. (هـ). وقال ابن عرفة إنه الأصح أو الأشهر وبه كان يفتي العبدوسي، وأفتى به إبن عاشر قائلا : إن هذا القول هو الذي ينبغي اعتماده في المسألة، وأفتى سيدي عبد القادر الفاسي أنه كمال تنازعه اثنان. انتهى باختصار. وانفصل الشيخ الرهوني في حواشيه على صحة الوصية التي التزم فيها عدم الرجوع وإبطال رجوعه، وانفصل غيره على الصلح، فالنصف وهو الذي جرى به عمل فاس، تأمله. وأما ثانيا : فإن الموصي قد استرعى في هذا الرجوع حيث أشهد أن كل ما يستظهر به ولده المذكور فهو كذب وزور. والاسترعاء نافع في التبرعات كلها حتى الوصية. وأما ثالثا، ففي رسم الرجوع المذكور ريبة ظاهرة واستبعاد يمنع من الحكم به، إذ كيف يعدل مريد الرجوع عن كتبه بفاس وهو مستوطن بها إلى أن مات، ويذهب إلى عدول مكناس ليكتبوا له الرجوع مع تيسر العدول بفاس وكثرتهم، فهذا الرجوع، إما بهتان أو قريب منه، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني الحسني العمراني لطف الله به آمين. (هـ).

وسئل شيخنا أبو عبد الله سيدي محمد كنون الفاسي عن امرأة أوصت بثلثها لرجل قائلة وتكون منه دار سكناها، فأراد الورثة تقديم الدار بثمن عال، والتزموا أخذها بذلك، لتضعيف الثلث الموصى به، وامتنع من ذلك والد الموصى لهم، وقال : لا يقومها إلا أرباب البصر، وبه ياخذها لأولاده فهل يجابون لذلك أم لا؟

فأجاب : بأن الدار تقوم تقويم سداد بأهل المعرفة الموثوق بهم، بحيث لا يكون فيه غبن ولا ضرر على الورثة ولا على الموصى له، ولا تعتبر غبطة الورثة ولا غيرهم، لمخالفة ذلك لغرض الموصية، كما هو واضح، والله تعالى أعلم بالصواب. (هـ).

ورأيت في جواب ما نصه : أن الثلث يخرج فيما عينه الموصي بقيمة عدل كما في جواب للهلالي سيدي أحمد بن عبد العزيز في عين المسألة فلا التفات لمن دعا لاضعاف القيمة والله اعلم. (هـ). وهو موافق لجواب الشيخ.

قلت : قال في مختصر المتيطية إذا طلب أهل الوصايا والمدبرون بيع التركة

وقال الورثة قوموها علينا ولا تبيعوها فقال ابن القاسم : القول قول من دعا إلى البيع وبه الحكم، وقال أصبغ : القول قول من دعا إلى التقويم.الخ... ونظمه السجلماسي في العمل المطلق فقال :

وإن دعا الموصى له لبيع ما ترك والوارث أن يقوما
فالقول قول من إلى البيع دعا لا من دعى لأن يقيموا السلعا

وسئل الشيخ ميارة عن مسألتين : الأولى ، رجل له ثلاثة أولاد أوصى بثلثه يقسم أثلاثا لأولاد كل واحد من أولاده الثلاث ثلث الثلث، فمات الموصي ثم مات أحد الأولاد الثلاث قبل أن يولد له، فرجع نصيبه وهو ثلث الثلث للورثة، وتزايد للولدين الباقيين أولاد، فهل يدخلون فيما رجع للورثة أم لا ؟ الثانية، رجل مات له ولد وترك الولد أولادا، فأنزلهم جدهم منزلة أبيهم يرثون منه ما يرثه أبوهم، وللرجل المذكور حينئذ عرصة تساوي ثمنا معتبرا ثم بعد سنين عديدة حبس الرجل المذكور العرصة المذكورة على بنيه الذكور وعقبهم، وهو إذ ذاك ساكن بمصرية خارجة عن العرصة يدخل لها من العرصة المذكورة، ثم مات المحبس المذكور، فاستظهر باقي ورثته ممن لم يدخل في التحبيس، المذكور ببينة تشهد برجوع المحبس للعرصة المذكورة قبل كمال سنة من يوم التحبيس، وبقي ساكنا فيها، ويتصرف فيها إلى أن مات وحكم القاضي بها وفسخ الحبس المذكور، وصارت العرصة ملكا تباع وتشترى، فهل يدخل الأحفاد المنزلون منزلة أبيهم العرصة أم لا؟ لكون التنزيل وصية، والوصية إنما هي فيما علمه الموصي، ورجوع العرصة ملكا كمال حدث للموصي لم يعلم به فلا تدخل فيه الوصايا.

فأجاب عن الثانية بما في المعيار عن ابن منظور ونصه : سئل رحمه الله هل يدخل الموصى لهم فيما بطل وفسد من الهبات أم لا ؟ فأجاب : أحضرت أهل الشورى فانفصل المجلس على أن دخول الموصى لهم بالثلث فيما فسد من الهبة، يجري فيه قولان : أحدهما : أن لهم الدخول لأن بقاء الموهوب تحت يد الواهب حتى مات يمنع من استقرار ملك الموهوب لهم، وتبين بذلك أنه مال من أموال الواهب لم تنتقل بعد عن ملكه حتى مات فدخلت فيه الوصية، كما دخلت في

سائر منتلكاته. والقول لثاني : عدم الدخول لأن فساد الهبة إنما حصل بالموت، فكان الموهوب بمنزلة مال حدث للموصي بعد وفاته لم يعلم به فلم يقصده بالوصية، إذ لم يعلم به. وهذان القولان نقلهما صاحب البيان فيمن تصدق بصدقة فلم تحز عنه حتى توفى وكان قد عهد بالثلث، وعلل الدخول بعدم الحوز للمتصدق به وعدمه بأن الإبطال إنما حدث بعد الوفاة، فالمتصدق به بعد إبطال الصدقة بالموت كمال لم يعلم به الموصي، وكذلك نقل ابن حارث وغيره فيها الخلاف، وزاد اللخمي فنقل اختلافا في دخول ما لم يعلم به الموصي من ماله في وصيته، ولما اتفق الأصحاب على وجود القولين في الصدقة التي لم تحز حسبما تقدم نقلهما عن البيان افترقوا في الاختيار. فمنهم من اختار الدخول ومنهم من اختار عدمه، ويتأكد عندي القول بالدخول في هذه القضية بما أشرتم إليه، من كون الواهب كان مستوليا على تلك الأملاك الموهوبة يستغلها ويمنع الموهوب لهم منها حتى توفى، وهذا الفعل مما يوهن الهبة ويصيرها كأن لم تكن. (هـ). والظاهر أن هذا الخلاف الذي ذكروه فيما بطل من الهبات يجري فيما بطل من المحبسات، ولا فرق بينهما، والله أعلم بجامع اختلال شرطهما وهو الحوز واختلاله، إما حسا وحكما، كما إذا بقي الشيء بيد واهبه أو محبسه حتى مات، وإما حكما فقط، كما إذا حيز مدة لا تكفي في الحوز فهو كالعدم لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا، وأما المسألة الأولى فلم أقف فيها الآن على نص، والظاهر عدم الدخول لما تقدم، أن الابطال إنما حدث بعد الموت، فهو كمال لم يعلم به ولا يجري في هذه ما عللوا به الدخول من عدم الحوز، لأن هذه وصية لا تفتقر لحوز، والله أعلم. (هـ). وقال ميارة أيضا وقع في هذا الوقت أن رجلا أوصى بوصايا ومن جملتها مال عين مقدار المحجورة له تمخيا لما عسى أن يكون بقي في ذمته شيء من مالها الذي كان يتصرف فيه، ثم رجع عن تلك الوصايا، وأبطلها، فهل يدخل التخمي في المرجوع عنه من الوصايا وهو الجاري على قول سحنون : أنه صدقة، أو لا يدخل وهو الجاري على قول ابن القاسم : أنه بيع جهل فيه الثمن الظاهر أنه يجري على هذين القولين، والله أعلم. (هـ).

قلت : نزل بتازة عام اثنتين وتسعين ومائة وألف أن رجلا التزم بنفقة يتيمين إلى مدة من عشرة أعوام تمخيا لما عسى أن يكون تبقى في ذمته من مالهما الذي كان يتصرف فيه، ثم توفى قبل انقضاء المدة المذكورة، والظاهر أنه يجري بطلان ما بقي من المدة على قول ابن القاسم وسحنون، قاله العلامة الملوي في تحريره.

قلت : قد اعترض أبو علي بن رحال ما قاله ميارة بأن الذي فيه الخلاف بين ابن القاسم وسحنون العوض موجود على كل حال، والوصية هنا فيما يتقى أن يكون أصاب من المال شيئا. (هـ).. وحاصله ان التمخي فيه صورتان : إحداهما : أن يتحقق الموصي أنه أكل من مال المحجور مالا يعرف قدره فيعطيه شيئا قبالة ذلك، وهذه صورة الخلاف بين ابن القاسم وسحنون. الثانية : أن لا يتحقق الموصي ذلك ولكن يشك فيه فيعطيه شيئا أيضا لأجل ذلك، وهذه صدقة وليست هي صورة الخلاف بين الشيخين، وفي هذه وقع الالتزام والوصية، وعليه فهما باطلان بالموت قطعا، تأمله.

ووقع السؤال عمّن أوصى لأولاد ولديه فُلان وفُلانة وأولادهم ما تناسلوا بثلاث ديار حبسا مؤبدا الخ... فمات الولد الذكر في ياة أبيه عن أولاد، ثم مات الموصي عن بنته المذكورة ولها أولاد أيضا، وعن أولاد ولده الذي مات في حياته، فهل لهؤلاء الأعقاب أي أولاد الولد الذين صاروا ورثة في الموصي نصيب من هذه الوصية أو يختص بها أولاد البنت لأنهم غير ورثة إلى أن يوجد ولد مثلا من هؤلاء الأعقاب فيدخل معهم أو لا ؟ مأجورين والسلام.

فأجاب بعض المعاصرين : الحمد لله، الحبس في الصحة إن كان منجزا يشترط فيه الحوز، ويصح للوارث ولغيره، وإن كان في الصحة معلقا على الموت أو في المرض المخوف ومات منه، فيخرج مخرج الوصية بما خص الوارث يبطل وما خص غير الوارث يصح، وحيث صار أولاد الابن ورثة فلا شيء لهم في الحبس الذي مخرجه مخرج الوصية، لقوله صلى الله عليه وسلم : إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث عطف على المبطلات. ولقول خليل : «وعلى وارث بمرض موته»، وقوله أيضا : «والوارث يصير غير وارث، وعكسه المعتبر مئاله». وقال ابن الحاجب : وإن شرك فما خص الوارث ميراث، ويرجع بعد موت الوارث إلى مرجعه، وهذه المسألة ليست مسألة أولاد الأعيان، لأن مسألة أولاد الأعيان يشترط فيها شروط : الأول، المرض لأنها مستثناة من قول خليل : «وعلى وارث بمرض موته». الثاني : أن يذكر فيها العقب وهو قوله إلا

معقبا. الثالث، أن يكون في الثلث لقوله خرج من ثلثه. قال ابن عبد الصادق في شرحه بعد ان ذكر الشروط المذكورة المأخوذة من كلام المصنف ما نصه : ولا بد أن يكون التحبيس في المرض المخوف الذي يحجر على صاحبه، فلو كان صحيحا لزم التحبيس، ولا تدخل فيه الأم والزوجة ونحوهما من الورثة فتخرج المسألة عن بابها، وهذه المسألة وقع التحبيس فيها في الصحة على وجه الوصية، فهي التي استثناها ابن عبد الصادق بقوله : فإن كان صحيحا لزم التحبيس الخ... والله أعلم. وكتب عبد ربه تعالى محمد الزناكي لطف الله به. (هـ).
الزناكي لطف الله به. (هـ).

وأجبت : الحمد لله، حيث كان الموصي أشهد على نفسه أنه إن حدث به حدث الموت فجميع دياره الثلاث حبس مؤبد على ولديه فلان وفلانة وعلى أولادهما وأولاد أولادهما ما تناسلوا إلى أن يرث الله الأرض الخ... فلا شك أن ما صدر منه وصية بالضرورة فتجري على حكمها، لأن كل ما يعلق فيه الملك بالموت فهو وصية، سواء كان فيه ملك الرقبة و المنفعة، كان الموصي صحيحا أو مريضا. قال في شرح العمل الفاسي : كل عطية تتوقف على موت المعطي فهي وصية. (هـ). وقال ابن عرفة : الوصية عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته، وعليه فحيث مات الموصي وترك ورثة وهم ابنته وأولاد ولده وبعض الموصى لهم وهم أولاد البنت فهي من أفراد مسألة أولاد الأعيان. وما في المختصر من فرض مسألة أولاد الأعيان فيمن ترك ثلاثة أولاد وأربعة أولاد أولاد، وأمّاً وزوجة إنما هو مثال لها لا يخصصها به كما يدل لذلك اقترانها بكاف التمثيل، وحيث كانت أيضا من باب الوصية لا فرق في ذلك بين أن يكون الموصي وقت الوصية صحيحا أو مريضا. وأما الاحتجاج على أن هذه المسألة ليست من أولاد الأعيان بقول ابن عبد الصادق في شرح المختصر ما نصه : فلو كان صحيحا لزم التحبيس، ولا تدخل فيه الأم والزوجة ونحوهما من الورثة الخ... كما تمالا عليه المفتون فباطل لخروجه عن الموضوع، وذلك لأن صورة ابن عبد الصادق نجز فيها الحبس ولم يعلقه بالموت، وهذه النازلة لم ينجز فيها العطية، بل علقها على الموت، وما ذكره ابن عبد الصادق مثله في الخرشي والزرقاني ونصه : فإن صح الواقف بعد ذلك ثم مات صح الوقف كما لو وقف في صحته، ومثله في شرح ابن رحال على المختصر، ولكن مرادهم أنه صحيح إذا وقع الحبس في الصحة، ووقع الحوز فيها أيضا وإلا بطل، كما أشار له

الدسوقي في حواشي الدردير، ونصه قوله : بمرض موته أي وأما لو وقف على وارثه بمرض ثم صح الواقف من ذلك المرض الذي وقف فيه صح وقفه، حيث حيز عنه قبل المانع، كما لو وقف في حال صحته. انتهى منه. وبالضرورة إن بين مسألتنا وهذه مسافة وبون كما بين الضب والنون، لأن التحبيس يشترط فيه الحوز فيها وإلا بطل، كما هو مشهور حتى في الكتب المتداولة بين صغار الطلبة، قال في التحفة :

والحوز شرط صحة التحبيس   قبل حدوث موت أو تفليس

ومسألتنا من باب الوصية بعد الموت وهي لا يشترط فيها حوز، فكيف يستدل بإحداهما على الأخرى ؟ فإن كان مراد هؤلاء المفتين أن كلام ابن عبد الصادق فيما إذا أوصى في صحته كما صرح به المفتي الأخير، حيث قال : وهذه المسألة وقع التحبيس فيها في الصحة على وجه الوصية الخ... فنقول ان حمل على هذا فلا يصح قوله ولا تدخل فيه الأم والزوجة ونحوهما من الورثة الخ... إذ هذه مسألة أولاد الأعيان بعينها، إذ كلاهما وصية لا فرق بين كون الموصي وقت الوصية صحيحا أو مريضا، فدخول الورثة كلهم فيها في وقت المرض دون الصحة باطل غير صحيح، نعم إذا بتل العطية في وقت الصحة وحيزت عنه فيها صح قوله، ولا تدخل فيه الأم والزوجة ونحوهما من الورثة الخ... فتأمله. والحاصل أن الحبس إما مبتل في الصحة، فيشترط فيه الحوز وإما مبتل في المرض، وإما موصى به بعد الموت مطلقا كان الموصي وقت وصيته مريضا أو صحيحا. وهذه الثلاثة من باب الوصية ولا يشترط فيها حوز. ومسألتنا هي الصورة الأخيرة منها، وبه يعلم ما في استدلال المفتين أيضا بقول الوثائق المجموعة، من حبس في صحته أو وهب فيها، وقال : ينفذ بعد الموت أو قال هبة صرفها من ماله حيي أو مات فإن ذلك يكون في الثلث، إن كان الموهوب أو المحبس عليه غير وارث (هـ) فإنه خارج عن الموضوع لأن الموصي في نازلتنا لم يحبس في صحته، وإنما حبس بعد موته فتأمله، وكذلك استدلالهم بقول المختصر : «وعلى وارث بمرض موته»، وبقول التحفة : وامتنعت لوارث الخ... كله خارج عن الموضوع أيضا، إذ محله إذا كانت الوصية غير معقبة بدليل الاستثناء في قول المختصر : «إلا معقبا خرج من ثلثه» الخ... والعجب أنهم بعد ادعائهم أن النازلة ليست من أولاد الأعيان رجعوا عن ذلك

وقالوا : إن ازداد ولد أو أكثر لأولاد الأولاد يدخل في الحبس، فيقال لهم : حيث لم تكن المسألة من أولاد الأعيان وبطلت الوصية للأصل، فبأي موجب تثبت للفرع ؟ وأي دليل يدل على صحتها للفرع وبطلانها للأصل ؟ وأعجب من ذلك استدلال بعضهم بكلام ابن الحاجب، مع أنه نص في مسألة أولاد الأعيان، وبه شرح الحطاب كلام المختصر في مسألة أولاد الأعيان. ونص ابن الحاجب في باب الحبس : ولا يصح على وارثه في مرض الموت وإن شرك فيما خص الوارث بميراث، ويرجع بعد موت الوارث إلى موضعه. قال شارحه على قوله : ولا يصح على وارثه الخ... إنما ذكر هذه المسألة ليرتب عليها ما بعدها، وهي المسألة المعروفة بمسألة أولاد الأعيان وقوله : وإن شرك الخ... يعني فإن شرك هذا المريض في الحبس بين وارث وأجنبي، فإن هذا التشريك لا يوجب صحة الحبس مطلقا، وإنما يصح منه ما جعله للأجنبي لانتفاء المانع في حقه، وما يخص الوارث من ذلك دخل فيه جميع الورثة فيقسم منفعته على الفرائض، فإذا انقرضوا رجع في الوجه الذي حبسه المريض، ثم قال : هذه هي المسألة المعروفة بأولاد الأعيان كما قلت وهي في المدونة وغيرها الخ... أنظره، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

وسئل الشيخ الرهوني عن رجل أوصى بثلث ماله لأولاد ولده فُلان وأعقابهم، ثم مات الموصي أولا، ثم مات بعده الأحفاد الموصى لهم، ثم مات بعدهم أبوهم، فهل ترث أم الموصى لهم من هذه الوصية أم لا ؟ وهل تحمل على التمليك والتحبيس ؟

فأجاب : لا حق للأم في ذلك مطلقا سواء جعل ذلك هبة أو حبسا، وإنما يختلف الحال لمن يكون ذلك بعد موت الأولاد. فعلى أنه تمليك فلورثة الموصي، وعلى أنه حبس فلأقرب عصبته، والله أعلم. محمد بن أحمد الحاج وفقه الله هـ.

وسئلت عن إخوة تجار أشهدوا أن من مات منهم فالباقي هو الموصي على جميع أولاده بالإيصاء التام، مشهدين أنهم لا رسم شركة عندهم ولا كناش حساب ولا غيره، وان كان كل واحد منهم يعلم صدق الآخر وثقته وأمانته، وأن

من قال منهم مقالة في جميع ما يرجع لمال الدنيا فهو مصدق فيه بلا يمين، وعليه يكون العمل ثم إنه مات واحد من الإخوة المشهدين، وترك أولادا ورشد واحد منهم وطلب من أعمامه الأوصياء المحاسبة فامتنعوا منها، وقالوا اعتمادا على تلك الشهادة : نحن مصدقون، فهل لهم ذلك أم لا ؟

فأجبت بأنه لا عمل على تلك الشهادة لما في نوازل الأقضية من المعيار نقلا عن القابسي أنه سئل عمن بينهما خلطة أشهدا أنه متى مات أحدهما فالباقي مصدق في أقواله وفي كل ما يأتي به قليلا أو كثيرا بريء من جميع المطالب، وإن قامت عليه بينة بشيء فهي ساقطة زور، فمات أحدهما فأراد ورثته تحليف الآخر على ما أتى به، وكيف إن وجدوا بينة بسبب ما ؟ فأجاب ما فعلاه من التصديق خطأ ولا يلزم،ولا يؤخذ منه شيء، ولورثة الميت منهما طلب الباقي منهما بما توجبه الأحكام من إقامة بينة وطلب يمين. انتهى منه. وأعاد المسألة في نوازل الدعاوي ونصه : سئل (أي القابسي) عمن بينهما معاملة بلا بينة أشهدا أنهما مهما مات أحدهما فالاخر مصدق. فأجاب : لا يلزمهما، ولورثة الميت منهما طلب الحي بما توجبه الأحكام. (هـ). واقتصر عليه في الموضعين ولم يجد له مقابلا، فهو كان في النازلة لأنه صريح فيها، وفي أحكام ابن سهل في مسألة وقعت بقرطبة وهي : مريض أقر لرجل بمائتي مثقال، وأوصى أن يصدق وتدفع إليه بلا يمين. فأجاب ابن عتاب : لا تدفع إليه إلا بعد الحلف، ولا ينتفع بتصديق الموصي. وقال ابن زرب : هذا الجواب صحيح وبه أقول. وأجاب ابن القطاف بأنه ينتفع بالتصديق ولا يمين عليه. قال ابن سهل، ثم أعيد السؤال فيها على ابن عتاب، فأجاب : ما قلته في التصديق يعني في جوابه الأول هو الذي به العمل عندنا، وجاءت به الروايات منصوصة في كتبنا، فذكر ابن لبابة عن ابن القاسم ما يشهد له وفي آخره، لأن الميت أراد إسقاط اليمين التي توجبها السنة، وأن يلزم الورثة ما لا يلزمهم في مال انتقل ملكه إليهم، وزال عن المتوفى ملكه والتصرف فيه الخ... والله أعلم. قاله وقيده المهدي، الله وليه. (هـ).

وأجبت عما يظهر من الجواب ونصه : الحمد لله، ما فعله الوصي من

تقويم الإماء الثلاث، وشرائهم لنفسه بتلك القيمة غير جائز، إذ لا يجوز للوصي شراء مال التركة لنفسه ولو بعد التسويق، وفعله في ذلك محمول على غير السداد. قال في المختصر : ولا يجوز للوصي اشتراء من التركة، وتعقب بالنظر. قال الشيخ الرهوني نقلا عن المدونة : وكره مالك أن يشتري الوصي من مال يتيمه شيئا، فإن فعل أو واجر الوصي نفسه في عمل يتيمه في حجره تعقبه الإمام، فما كان خيرا لليتيم أمضاه (هـ). وحمل ابن ناجي الكراهة على التحريم لقوله : تعقبه الإمام، وجزم بذلك أيضا في كتاب الوصايا الأول عند قولها : ولا يشتري الوصي لنفسه من تركة الميت شيئا، ولا يدس أو يوكل من يشتري له، فإن فعل تعقب ذلك الإمام، فإن كان فيه فضل كان ذلك لليتامى وإلا مضى. (هـ). ونصه ظاهره على التحريم، وهو كذلك، وعليه حمل قولها في أواخر الدور والأرضين. قال مالك : لا أحب للوصي أن يشتري شيئا لنفسه من مال يتيمه وبه العمل. (هـ). فظهر بهذا أن فعل الوصي المذكور غير جائز، وعليه فيجب فسخ هذا البيع إلا أن تشهد بينة معتبرة بأنه سداد فيمضي، والله أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل العلامة أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عن تقديم قاض لمقدَّم أفتى من أفتى فيه أنه لا بد أن يكون غنيا، لقول المتن : وكفاية.

فأجاب : إن التقديم صحيح، واسترعاؤه كذلك آت على نهج ما سطره فيه ابن سلمون والفشتالي وابن عرضون والغرناطي، ولم يشترط أحد فيه فيما علمت ولا في الوصي غنى. وقول المتن : وكفاية، حمله شراحه على القدرة على القيام بالموصى عليه، ونص أبي علي في شرحه قوله : كفاية، أي متَّصف بالكفاية فيما جعل له من النظر فيه، واحترز بذلك من مغفَّل وأبله ونحوهما كضعيف العقل، ومن هذا القيد يخرج السفيه، لأنه لم يقم بأمره فكيف بأمر غيره إذ هو ضعيف العقل، ومن ضعُف عقله حجر عليه، وكذا الكفاية في التصرف في الأموال وحفظها، فلا يوصي إلى من لا يقدر على ذلك الخ... وهو كاف واف في مسألته، مغبر في وجه حامله على الغنى دون دليل. (هـ).

وسئل الحائك أيضا عن محجورة طلبت من حاجرها أربعين مثقالا لتكسو

بها نفسها لرغبتها في زوجها العاجز عن غير النفقة.

فأجاب : تمكن من ذلك لقول الجزيري في وثائقه وغيره : إن رضيت من هي في ولاية بالبقاء مع زوجها وتنفق على نفسها من مالها، فذلك لها ولا كلام لوليها، ولو طلقت عليه لم يكن له بد من النفقة فمع الزوج أولا، لأن فيه صونا لها وصلاحا. (هـ).

وسئلت عن وصية زوَّجت محجورتها لرجل فقير وأسكنته بدار لها (أي للمحجورة) نحو اثنتي عشرة سنة بغير كراء، فأفتى بعض المعاصرين بتضمين الوصية كراء تلك المدة، فوقع بينهما الصلح على أن تعطي الوصية نصف كراء تلك المدة، فأفتى أيضا بنقض الصلح، إذ لا مصلحة فيه للمحجورة الخ...

فأجبت : الحمد لله، حيث كان الزوج لا دار عنده يسكنها، والزوجة المحجورة راغبة فيه لم تكن سكنى الدار واجبة عليه، وإذا لم تجب عليه فلا تضمنها الحاجرة، خلافا لمن وهمَ من المفتين. ففي طرر ابن عات، قال ابن لبابة : كنت جالسا عند سليمان بن أسود فجاء رجل يخاصم أخته، وكانت الابنة في ولاية الأب، وكان الزوج ساكنا معها دارها، فطلب الأب من الزوج أن يرحل الابنة من دارها وأن يكريها لها فتنتفع بكرائها، فقال سليمان بن أسود للزوج : ألك دار، فقال لا، وصدقه أبو الجارية. فقال القاضي لأبي الجارية : ولا كرامة لك أن تخرج ابنتك من دارها إلى دار أخرى مع زوجها، فتمشي بفراشها على عنقها من دار الى دار فتهتك سترها، ليس هذا من حسن النظر لها. فكان ابن لبابة يعجبه ذلك من قضاء سليمان، وخلاف ابن العطار وابن الفخار فيها شهير. (هـ).

وكتب أبو علي ابن رحال على كلام الطرر هذا، ما نصه : قال المتيطي نقلا عن بعض الشيوخ : وبهذا يحتج من ذهب إلى أن المحجورة إذا أرادت سكنى الزوج معها في دارها أو إنفاقها على نفسها من مالها رغبة في الزوج ومخافة طلاقه أن ذلك لها، لأنها لو طلقت رجعت تسكن دارها وتنفق على نفسها. وبهذا أفتى شيوخ الأندلس، وقاله ابن عتاب وغيره، وأبى ذلك أبو المطرف الشعبي وقال : يلزم على هذا أن تعطيه غير ذلك من مالها خشية فراقه. قال بعض الشيوخ :

وهذا لا يلزم، لأنها تقول : لو طلقت أرجع آسكن داري وأنفق على نفسي ولا أتزوج غيره، بخلاف ما تعطيه ما تعطيه من المال فإنه يبقى لها طلقت أم لا. (هـ).

وفي شرح التحفة لأبي حفص الفاسي ما نصه : قد قالوا في المحجورة إذا رضيت بسكنى زوجها معها في دارها وإنفاقها على نفسها لخوف طلاقها ورغبة في زوجها أن ذلك لها. قال عياض على ما أفتى به شيوخ الأندلس، وبه أفتى ابن عتاب وشيخنا هشام بن أحمد وابن حمدين القاضي وغيرهم وهو النظر، خلافا لأبي المطرف الشعبي. (هـ). وإذا تقرر هذا، علم أن ما سطره المفتون في النازلة هو عن إصابة الغرض بمعزل، لأنهم جعلوا لزوم الكراء للزوج وضمان الحاجرة له فقها مسلما لا سيما المفتي الأول منهم، لأنه قال : وذلك واضح الخ... مع أنك رأيت في النقل أنه غير لازم. وأما قول المفتي الثاني : وليست هذه الصورة من مسألة طلب المحجورة السكنى، لأن هذه لا بد فيها من رضى المحجورة وطلبها لذلك، كما في التنبيهات لعياض الخ... فغير سديد.

أما أولا : فإن القيدين في كلام عياض لا عمل على واحد منهما، كما تقدم في نص الطرر الذي نقلناه، وإنما اشترط أن يكون الزوج لا دار له.

وأما ثانيا : فإن عياض وتبعه ابن ناجي، إنما ذكر الطلب في النفقة من مالها لا في السكنى، كما هو موضوع النازلة، ونظمه أيضا في العمل المطلق بقوله :

وإن ترد محجورة أن تسكنا في دارها مع زوجها الذْأحسنا
عشرتها وطلبت أن ينفقا من مال نفسها عليها للبقا
في عصمة نالت بها أملها أفتى الشيوخ : أن ذلك لها

فخصص شرط الطلب بالنفقة كما ترى.

وأما ثالثا : فإن رضاها موجود لسكوتها عن ذلك السنين الطويلة ورؤيتها زوجها يتصرف في ذلك المدة المديدة، وقد قال في التحفة :

وحاضر لواهب من ماله ولم يغير ما رأى من حاله
الحكم منعه القيام بانقضا مجلسه إذ صمته عين الرضا

فتأمل قوله الصمت عين الرضا تعلم أنه موجود قطعا، وظهر بهذا أن الحاجرة لها طلب بنتها بنصف الكراء الذي أعطته لها في الصلح، لا أن للبنت طلب الأم بالنصف الباقي لها، والله أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به (هـ).
ثم نزلت نازلة أخرى تشبه هذه فكتب فيها بعض أهل الوقت ما نصه :

الحمد لله، في العمل المطلق :

وإن ترد محجورة أن تسكنا في دارها مع زوجها الذْ أحْسنا
عشرتها وطلبت أن ينفقا من مال نفسها عليها للبقا
في عصمة نالت بها أملها أفتى الشيوخ أن ذلك لها

وذكر في الشرح عن عياض في التنبيهات، أن المحجورة إذا ارادت أن تسكن زوجها معها في دارها وإنفاقها على نفسها، رغبة فيه ومخافة طلاقه وغبطتها به وأنه إن فارقها رجعت تسكن دارها وتنفق على نفسها، وتعدم ما ترغبه من زوجها أن ذلك لها إذا طلبته، على ما أفتى به شيوخ الأندلس، وبه أفتى أبو القاسم ابن عتاب، وقاله شيخنا هشام بن أحمد الفقيه، والقاضي محمد بن حمدين، وغيرهم. وهو الذي يوجبه النظر. (هـ). وقال ابن ناجي : إن العمل عندهم في القيروان عليه. وفي ألغاز ابن فرحون : فإن قلت : هل يجبر الوصي على الإنفاق على محجورته المتزوجة من مالها وهي عند زوجها الحلي، قلت : نعم، إذا رضيت المحجورة بالبقاء مع زوجها بلا نفقة ولا كسوة فلها ذلك ويجبر الوصي على الإنفاق عليها من مالها بالمعروف، لأنها لو فارقت زوجها لكان عليه أن ينفق عليها من مالها، ولها في البقاء مع زوجها نظر ومصلحة وبقاء عصمة. وأيضا فإنها لا تجبر على النكاح إذا فارقها وتبقى تأكل من مالها، فحالها في النفقة والمؤونة مع الزوج ودونه سواء. وقال بعضهم : إن كان الزوج ممن يفارقها إن لم ينفق عليها الوصي فلها الرضى بالبقاء مع زوجها دون نفقة، من المتيطية. وفي الزرقاني عند قول المتن

في الحجر : وللولي ردُّ تصرف مميز أن الزوجة إذا كانت عند زوج موسر وامتنع من الإنفاق عليها وأراد فراقها، وطلبت من الولي الإنفاق عليها من مالها، انه يجب على الولي ذلك مع ما في هذا من دوام العمصة، وأيضا لو أرادت عدم الزواج تجبر عليه ولا نفق عليها. (هـ) وسلمه محشوه بسكوتهم عنه، والله أعلم. عبيد ربه جعفر بن ادريس الكتاني لطف الله به.

الحمد لله، المسطر أعلاه صحيح، وكتب موافقا عبيد ربه محمد التهامي بن المدني كنون، كان الله له ولجميع المسلمين بمنه.

وأجبت عقبهما بما نصه : الحمد لله، إن طلبت المحجورة الإنفاق عليها من مالها والسكنى بدارها أيضا خشية فراق زوجها لها، فإنها تجاب لذلك، ولا كلام لوليها على ما أفتى به الشيوخ، إلا من شذ منهم. قال المتيطي : صدر النكاح لما تكلم على عفو الأب عن نصف الصداق، ما نصه : قال بعض الشيوخ، وبهذا يحتج من ذهب إلى أن المحجورة إذا أرادت سكنى الزوج معها في دارها وإنفاقها على نفسها من مالها رغبة في الزوج، ومخافة طلاقه، أن ذلك لها. لأنها لو طلقت رجعت تسكن دارها وتنفق على نفسها. وبهذا أفتى شيوخ الأندلس، وقاله ابن عتاب وغيره. وأبى ذلك أبو المطرف الشعبي، وقال : يلزم على هذا أن تعطيه غير ذلك من مالها خشية فراقه، قال بعض الشيوخ وهذا لا يلزم، لأنها تقول : لو طلقت أرجع أسكن داري وأنفق على نفسي ولا أتزوج غيره. بخلاف ما تعطيه من المال، فإنه يبقى لها طلقت أم لا. (هـ). وفي شرح التحفة لسيدي عمر الفاسي ما نصه : قالوا في المحجورة : إذا رضيت بسكنى زوجها معها في دارها، وإنفاقها على نفسها خوف طلاقها، رغبة في زوجها ان ذلك لها. قال عياض على ما أفتى به شيوخ الأندلس به أفتى ابن عتاب، وشيخنا هشام بن احمد وابن حمدين القاضي وغيرهم. وهو النظر، خلافا لأبي المطرف الشعبي، والله اعلم. (هـ). وفي طرر ابن عات أن ابن لبابة حضر قضاء سليمان بن أسود فجاء أب يخاصم ختنه، ويطلب الزوج أن يرحل ابنته من دارها لتنتفع بكرائها والبنت في ولايته. وقال سليمان للزوج : ألك دار؟ قال : لا. وصدقه. فقال القاضي

لأبي الجارية : ولا كرامة لك، تخرج ابنتك من دارها تمشي بفراشها على عنقها من دار إلى دار فتهتك سترها. ليس هذا من حسن النظر لها، فكان ابن لبابة يعجبه ذلك من قضاء سليمان. (هـ). وفيه كفاية، والله أعلم، قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

فروع: الأول : إذا قال : إن مت ففلان وكيلي، فهذا وصية. صرح بذلك في نوازل سحنون ابن رشد وهو كما قال، لأن الوصي وكيل الميت.

الثاني : إذا قال فلان وصيي على أولادي وعلى محاجيري، فقال الوصي : أنا أقبل وصيتك، ولا أقبل وصية الأول، فقال ابن وهب له ذلك. وقال أصبغ : ليس له، والأول أظهر. قاله ابن رشد. فإن أطلق في قوله فلان وصيي ففي شموله الوصية على محاجيره قولان.

الثالث : إن أوصى الى ميت ولم يعلم بموته، لم يكن وصيا له، قاله في النوادر.

الرابع : إذا قال وصيي على أولادي فلان وله أولاد غيرهم، فقال ابن سهل يدخلون في الإيصاء وإن لم يسمهم. قال : وهذا كمن قال عبيدي أحرار، فلان وفلان، وسكت عن باقيهم فإنهم يعتقون اجمعون. (هـ). انظر الحطاب.

الخامس : قال ابن سلمون وللقاضي أن يفرض للوصي أجرة على نظره إذا كان ذلك سدادا للأيتام، وإذا قوي اليتيم على العمل وله أصل لطيف يريد بيعه وأكله لم يبع وأوجر على رغم أنفه وأنفق عليه من إجارته. (هـ). ونحوه قول المتيطية على القاضي أن يفرض للوصي أجرة على نظره بقدر شغله بالنظر في مال اليتيم من تصرف في غلات أصوله، وشراء نفقته إذا طلب الوصي أو المقدم ذلك، فإن تورعا عن ذلك فهو خير لهما. وللوصي والكافل والحاضن والمقدم ان يؤاجروا محجورهم صبيا كان أو سفيها، ويجوز دفع الأجرة له ما لم يكن لها بال، ويكون الدفع بمعاينة الشهود. (هـ).

السادس : قال ابن سلمون : وإذا قوي اليتيم على العمل وله أصل لطيف يريد بيعه وأكله لم يبع، وأوجر على رغم أنفه وأنفق عليه من إجارته. (هـ). وفي

طرر ابن عات ما نصه : المشاور وإذا كان اليتيم ابن اثني عشرة سنة يستطيع الخدمة والعمل ويجد من يستأجره بنفقته وأجرته ليخدم فيأبى عن العمل وله أصل لطيف يريد بيعه وأكله، أنه يؤاجره في عمل يستطيعه يستقل به غير ثقيل على رغم أنفه وينفق من إجارته ويحبس عليه أصله. (هـ).

السابع : قال في المفيد : وإذا كان اليتيم بالغا ودون البلوغ بيسير فأقر على نفسه بقبض نفقته فإن ذلك يلزمه لأنه اقر على نفسه بما لا بد له منه (هـ). واستشكله الرهوني بعدم جريه على القواعد اي من عدم مؤاخذة غير الرشيد بإقراره.

ولكن **أجـــاب** العلامة المقدس المرحوم بالله المحقق السجلماسي عن مسألة واعتمده فيها ونصه : ان المحاسبة التي حكم القاضي بصحتها يجب العمل بها ولا يجوز لنائبه تعقبها بل ولا لغيره وهو واضح، وما ثبت بالعدول أن الوصي صيره على المحجور لا إشكال في براءته منه والزائد المدعى فوق ذلك ينظر فيه، هل يشبه تصييره مع ما شهدت البينة أم لا ؟ وهل يقر المحجور أو حاضنه به أم لا؟ فعلى ذلك ينبني الحكم فيه قال في المفيد : وإن كان اليتيم في حضانة الوصي صدق في الإنفاق عليه، إذا كان مما يشبه ولا يمين عليه فإن زاد على ما يشبه لم يقبل منه، وحسب له ما يشبه وغرم الباقي لأنه كالمعتدي وإن كان لليتيم حاضن أم غيرها لم يصدق الوصي في شيء من النفقة عليه الا البينة أو ياتي بما لا يشك في صدقه. وإذا كان اليتيم بالغا أو دون البلوغ بيسير فأقر على نفسه بقبض النفقة، فإن ذلك يلزمه لأنه أقر على نفسه بما لا بد له منه. (هـ). ونحوه للجزيري. ونقل ابن سلمون في دعوى دفع النفقة للمحجور أو لحاضنه قولين : الأول : أن قول الوصي مقبول في ذلك، الثاني : أنه لا يصدق فيما زعم دفعه للحاضن الا ببينة أو إقرار. قف على نص كلامه إن شئت. وإذا كان الوصي لا يصدق إلا فيما يشبه فعليه إثبات كون دعواه مشبهة. فإذا أثبت ذلك وادعى غيره السرق فعليه إثباته، ثم حيث كان العمل على ما في المحاسبة الأولى واجبا تعين إلغاء ما بعدها، ولم يكن لورثة الوصي شيء من المال الذي وجد زائدا على ما في محاسبة القاضي، وجدت الرسوم كلها أو بعضها فقط، والله أعلم.

وكتب عبد ربه محمد بن ابي القاسم لطف الله به. (هـ). لكن قوله : وإن كان اليتيم في حضانة الوصي صدق في الإنفاق عليه إذا كان مما يشبه ولا يمين عليه الخ... خلاف الراجح. والراجح انه لا بد من يمينه، انظر ابن سودة في شرح قول التحفة :

ويرجع الوصي مطلقا بما ينفقـه ومـا اليمين ألزمـا

الثامن : قال في اختصار المتيطية ومن أوصى على بنيه الأصاغر ثم بقيت وصيته حتى كبروا في حياته، ثم توفي. فإن كانوا ذكورا فهم على الإطلاق إلا أن يظهر منهم سفه. وأما الإناث الأبكار، ففي ولاية الآب حتى يثبت رشدهن، وعلى رواية يحيى الذي يرى ان الناس على السفه حتى يظهر رشدهم، يكون الذكور والإناث على حال الولاية حتى يثبت رشدهم. وقاله ابن الهندي وغيره. (هـ). قال الرهوني ولكون الأول هو المعتمد اقتصر عليه في المعين، ونصه : إذا أوصى على بنيه في حال صغرهم وطالت حياته بعد ذلك حتى بلغ ولده وكبروا، ووصيته على حالها فهم على الإطلاق، إلا أن يظهر منهم ما يوجب تمادي الولاية عليهم. وأما الإناث ففي ولاية أبيهن حتى يرشدن. (هـ). ومراده بالإناث الأبكار تقدم في كلام غيره. (هـ).

التاسع : قال في المقصد المحمود ولا يغفل في عقد الابتياع للأيتام إذا كان منهم ذكور وإناث عن تبيين سبب ملكهم للثمن، وتبيين فرائضهم في المبيع، أعلى السواء أم على التفضيل. لأن في الغفلة عن ذلك إشكالا فإن وقعت فيه الغفلة فقد قال مطرف من رواية ابن حبيب : إن مات الوصي واختلف الأيتام، فادعى الذكور التفضيل وادعى الإناث التسوية حكم بالتفضيل على فرائض الميراث فيما عدا إخوة الأم، وسواء اشترى لهم من عرض أموالهم أو بجميعها ما داموا محاجير، فإن كانوا قد ولوا أنفسهم حلف بعضهم لبعض، فإن نكلوا كان على حكم الميراث وإن حلف بعض ونكل بعض كان القول قول الحالف. وإن حلفوا جميعا كان بينهم على سبعة أسهم أربعة للذكر وثلاثة للأنثى، والأشبه أن يكون من اثني عشر سهما للذكر سبعة وللانثى خمسة، وخالفه أصبغ. فقال ما اشتري بعرض أموالهم

فعلى السواء بينهم وما اشتري بجميع المال فللذكر مثل حظ الانثيين. (هـ) وأخذ من قوله في الرواية إن مات الوصي واختلف الأيتام الخ... أن الوصي إذا بين في حياته يعمل بقوله بلا اختلاف في ذلك. قال في المسألة الثانية من نوازل عيسى من كتاب الوصايا ما نصه : **وسئل** عن الوصي يشتري لليتامى منزلا بأموالهم، ثم يموت فيقول ذكور اليتامى : نقسم المنزل للذكر عن حظ الانثيين، وكذلك اشترى لنا. ويقول الإناث بل للذكر مثل حظ الأنثى ولا يدري كم اشترى لهم. قال : إن كان اشترى لهم من عرض أموالهم فذلك بينهم للذكر مثل حظ الأنثى وإن كان اشترى لهم بجميع المال فذلك لهم كما كانت أموالهم، قيل : فلو كان الوصي حيا وقد اشترى لهم من عرض أموالهم وليس من جميعها فبلغ الايتام، ثم اختلفوا أيقبل قول الوصي بينهم. قال نعم. (هـ).

وسئلت عن امرأة وصية أذنت صهرها في إصلاح دار لمَحاجريها فأصلحها ثم رفع أمره إلى القاضي، فأرسل إلى وكيل الأيتام وأرباب البصر ووجههم لتقويم هذا الإصلاح مع عدلين بالرباط، فلما قدموه صيرت له الوصية فيه ربع الدار التي أصلحت وبقيت له بقية عليها أي الوصية سامحها فيها. **فأفتى** في ذلك بعض المعاصرين من أهل سلا، بما نصه : الحمد لله كما ينبغي لكما له والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله، هذا وإن الدين الذي صيرت فيه الوصية حظ المحاجير لم يثبت، وإذا لم يثبت الدين لم يصح التصيير ولم يتم، وأيضا الافتقار إلى الإصلاح لم يثبت فلا يصح ما رتب عليه، إذ لا بد من إثبات الوجه الذي يبيع له الوصي ولا يكفي مجرد ذكره باللسان، كما في المواق عن ابن رشد وهو قول أبي عمران وغيره، ومعناه في المدونة، كما لأبي الحسن وهو الذي يجب اعتماده في زماننا، كما في البهجة وحاشية مؤلفها على الزقاقية لا سيما والوصي امرأة، والمصير له صهرها. وقد تقرر أن الوصي لا يتصرف إلا بالمصلحة لقوله تعالى : ﴿**ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن**﴾. فحجر الله سبحانه على الأوصياء التصرف فيما ليس بأحسن فيكونون معزولين عما ليس بأحسن، كما قال القرافي في الفروق : وأي مصلحة في إعطاء الوصية حظ المحجور لصهرها في دين غير ثابت ولم يكفها ذلك، بل زادت عليه الإبراء في السكنى فيما بقي من حظ المحاجير،

وهو غير لازم لهم إذ ليس للوصي التبرع من مال محجوره، لأنه سوء نظر. وإذا كان الوصي يمنع محجوره من التبرعات ويردها، كما قال في التحفة :

وفي التبرعات قد جرى العمل بمنعه ولا يجاز إن فعل

فكيف يسوغ له فعلها، فلا يجوز ذلك ولا يمضي، وفي هذا القدر كفاية، والله تعالى أعلم. وكتب خديم العلم الشريف عبد الله أي ابن خضراء كان الله له بمنه. (هـ).

فأجبت : الحمد لله حيث كان تصيير الوصية لربع الدار عن نفسها وأولادها بعد إعمال الحساب في الصائر الذي صيره صهرها على إصلاح الدار عن إذن قاضي البلد وعلى يد نائب الأيتام وبمحضر شاهدي الوثيقة، وموافقة الوصية على ذلك، فهو تصيير صحيح لا يتوقف في صحته منصف إذ المال الذي ترتب في ذمة الوصية عن إصلاح الدار بعد إعمال الحساب عن اذن القاضي هو ثابت لا انفكاك منه، فيكون تصيير ربع الدار وقع في دين ثابت، ومن المعلوم أن ربع اليتيم يباع لقضاء الدين وقد أدخله شراح التحفة في المقتضى من قولها :

وبيع من وصي للمحجور إلا بمقتض من المحظور

وشراح المختصر في الحاجة من قوله : وإنما يباع عقاره لحاجة. وصرح به في الزقاقية انظرها. على أن إقرار الوصية وحده كاف في ثبوت هذا الدين لا يحتاج إلى شيء آخر لأن إقرار الوصي فيما تولاه لازم للمحجور، كما هو معلوم من شروح الزقاقية وغيرها. وقول المفتي أعلاه : إن الدين الذي صيرت فيه الوصية حظ المحاجير لم يثبت واضح البطلان مما قررناه. وقوله أيضا : الافتقار إلى الإصلاح لم يثبت فلا يصح ما رتب عليه الخ... باطل أيضا. لأنه يقتضي أن الوصي لا يصدق في الافتقار الى الإصلاح ولا بد من ثبوته بالبينة، وهو خلاف ما صرحوا به من أنه محمول على النظر اتفاقا في غير بيع الربع.قال الشيخ أبو علي بن رحال في حاشية التحفة ما نصه : وأبو عمران الذي قال : الوصي محمول على غيره السداد، إنما ذلك عنده في العقار. وأما غيره فلا فرق بينه وبين الأب. (هـ). ومن المعلوم أن الوصي من جملة الأمناء وقوله أيضا : إذ لا بد من إثبات الوجه الذي

يبيع له الوصي ولا يكفي مجرد ذكره باللسان الخ... خلاف الراجح والمعمول به. فما كان من حقه أن يترك ما به العمل ويرتكب المقابل. قال الشيخ التاودي على قول التحفة :

وحيثما زوج بكرا غير أب   البيتين، ما نصه :

لو زوج القاضي من غير إثبات ما ذكر أي من الموجبات، فالظاهر أنه لا يفسخ. قاله الحطاب، وهو المعتمد فيما إذا باع الوصي دون إثبات الموجبات. (هـ). وقال الشيخ ميارة في شرح التحفة : أشار أبو الحسن في التقييد إلى أن العمل جرى بأنه محمول على النظر في الربع وغيره. قال البرزلي وبه رأيت العمل في زماننا انتهى. الغرض منه، ونظمه السجلماسي في العمل المطلق فقال :

بيع الوصي دون إذن القاضي   ربع اليتيم نافذ وماضي
اذ فعله على السداد يحمل   كالأب..الخ

وقال الشيخ أبو علي : الراجح انه كالأب في حمل تصرفه على السداد، باع ربعا أو غيره. ومثله في حاشية الرهوني، والله أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به. (هـ). ثم عارض المفتي المذكور هذه الفتوى.

فأجبت عن ذلك بما نصه : الحمد لله لا مزيد على ما كنا سطرناه في النازلة من صحة تصيير الوصية ربع الدار لصهرها لأن المصير له قام بحق عن المحاجير من بناء دارهم التي كان استولى الخراب عليها بإذن من وصيتهم، وكل من قام عن غيره بحق، فله قيمة عمله، ومثل ما له. قال ابن الحاجب : وكل من أوصل نفعا لغيره من عمل أو قال بأمر المنتفع أو بغير أمره مما لا بد له منه بغرم، فعليه أجرة العمل، ومثل المال الخ... وقال المواق في شرح المختصر : وانظر أيضا من هذا المعنى مسألة البئر، تكون بين الشريكين فتنهار أو العين فتنقطع، فيعمل فيها أحدهما ويأبى شريكه أن يعمل. قال جميع الماء يكون للذي عمل، وإن كان فيه فضل ولا شيء منه لشريكه حتى يعطي شريكه نصف ما أنفق. (هـ). وأشار لذلك في المختصر بقوله : وإن أقام أحدهم رحى إذ أبيا، فالغلة له ويستوفي منها ما انفق.

قال الزرقاني : وإنما استوفى منها ما انفق قبل جعل الغلة بينهم لقيامه عنهم بواجب بغرم. (هـ). ونظمه الشيخ ميارة في تكميل المنهج، فانظره. وأما قول المفتي سدده الله أن الدين الذي وقع فيه التصيير غير ثابت لعدم أداء شهيديه لدى القاضي، ولا المصير له لم يحلف يمين القضاء الواجبة للمحاجير. فغير سديد لأن أداء الشهيدين متيسر لحضرهما بالبلد ولا مانع لهما منه أصلا. وعلى تقدير غيبتهما فهو متيسر أيضا بالرفع عليهما وكذلك يمين المصير له ميسرة أيضا لأنه حاضر بالبلد فيحلفها إن طلبت منه، وكلام أبي الحسن الذي نقله المفتي مقيد بما اذا تعذرت اليمين بالكلية، كما أشار له بعض علماء الرباط في جواب له. وقال الشيخ التاودي في شرح الزقاقية : فإن دفع الوصي الدين دون يمين القضاء ضمنه، إلا أن يحضر القابض ويحلفها بعد الخ... على أن ذكر يمين القضاء هنا غلط بل لا تجب على المصير له هنا لأنه إنما تعامل مع الوصية فقط، لأنه أصلح الدار بإذنها، وكل من تعامل معها لا يمين قضاء عليه، إلا أن تدعي هي عليه بما يوجبها، كما هو ضروري وإلا لزم أن كل من باع لهذه الوصية شيئا لمحاجرها ولو تافها يحلف يمين القضاء ولا قائل به، وإنما تجب يمين القضاء على من قام على محجور اذا تعامل معه كالوصي إذا قام عليه بالنفقة مثلا فلا يستحقها الا بعد يمين القضاء. وقوله أيضا : سدده الله، وهذا كله على تسليم كون ما ذكر في الوثيقة من المحاسبة وموافقة الوصية يكفي في ترتب الدين على المحاجر مع أنه غير مسلم. لم يات حفظه الله بدليل على ما قاله من أنه غير مسلم، والصواب أنه مسلم. وتلك المحاسبة هي عين إثباته إذ لا يمكن أن ياذن قاضي الرباط في المحاسبة قبل ثبوت الدين على المحاجر بل ولا قاضي البادية ولا تسليم وكيل الأيتام أيضا وإلا لزم تكذيب القاضي ووكيل الأيتام والعدول بلا دليل، وليس الفقه مجرد الالفاظ بل مع ملاحظة المعنى على أن المصير له يدعي أن له شهوداً بالإصلاح من العدول والجيران،ولكن لم يقع لهم إذا في الشهادة،وإذا كان هكذا فكيف يمنع المصير له من حقه وكيف جواب من لم ياذن لهم وقت جلوسه بين يدي الله للقضاء مع خصمه. وقوله أيضا : وحيث وقع التصيير في دين غير واجب فيكون لسوء نظر الخ... ليس بشيء لأن هذا الدين يكفي في وجوبه زيادة على ما قررناه إقرار الوصية به لأنها مأذونة أن تنفق

عليهم وتقوم بجميع مصالحهم بحيث أقرت بأنها أذنته في الإصلاح، وأنه أصلح لهم دارهم المتخربة، فيلزمهم ذلك ولو لم يكن إلا مجرد قولها. فكيف والإصلاح قائم العين. ففي نوازل الإقرار من المعيار، نقلا عن ابن الحاج، ما نصه : إقرار الوصي بدين على أيتامه على وجهين، فإن كان مما ولي على أيتامه المعاملة فيه فهو نافذ عليهم وهو كالإقرار على نفسه الخ... ومثله في ابن سلمون ونظمه الفاسي بقوله :

وإن يكن مما عليه وليا من المعاملات فهو امضيا

وقوله أيضا : قال الشيخ الرهوني عقبه : قلت : وما قاله واضح الخ...
اعلم ان القول بأن الوصي محمول على النظر والسداد في بيع الربع. قال أبو الحسن : به جرى العمل. وقاله أيضا ابن هلال في الدر النثير، والمحقق النوازلي أبو العباس الونشريسي في الغنية ونظمه في العمل المطلق. وقال البرزلي : به عمل شيخنا وتبعه قضاة بلده. وقاله أيضا العلامة أبو البقاء سيدي يعيش الشاوي في الكواكب السيارة، والشيخ المسناوي في جواب له، وافق عليه العلامة ابن رحال والشيخ التاودي والشيخ ميارة في شرحي التحفة. وقال الرهوني في جواب له : الراجح في بيع الوصي أصول محجوره أنه محمول على الصواب الخ... وقال في حاشيته أيضا : إنه الأرجح. وقال ابن رحال في حاشية التحفة : الراجح أنه الوصي كالأب باع ربعا أو غيره. وهذا ما لم يبين السبب، وإلا فهو محمول على ذلك اتفاقا. وقال الشيخ التاودي في شرح التحفة : إنه المعتمد، وإذا تقرر هذا فنقول : إن مقابل هذا القول من الضعف بمكان بحيث لا تجوز الفتوى به، إذ من الضروري أن القول المعمول يقدم على غيره ولو كان ضعيفا، فكيف إذا اجتمع فيه الشهرة والترجيح والعمل، كما هنا فالإعراض عن هذا القول، وترك الفتوى به إلى الإفتاء بمقابله، مع أنه لم يجر به عمل وبحث مع صاحب المختصر في تشهيره مجازفة قبيحة. وقوله ايضا : العمل الذي ذكره البرزلي منسوخ بالعمل الذي ذكره ابن ناجي الخ... باطل. لأن ما قاله ابن ناجي موافق لما قاله أبو الحسن، وكيف يكون موافقا له وينسخه. وقد نقل العلامة السجلماسي كلام ابن ناجي وأبي الحسن في شرح عملياته مستشهداً بكلامهما على ما نظمه من العمل بأن الوصي محمول على النظر. انظره. وفي طرر الونشريسي ما يوافقه. وعليه فالعمل الذي حكاه

البرزلي وابن ناجي وأبو الحسن واحد قطعا. وأما ما نقله الشيخ الرهوني عن ابن ناجي من قوله : وخصص أبو عمران مخالفة الوصي للأب بالربع. وأما بغيره فهما محمولان على النظر حتى يثبت خلافه، وظاهر كلام من تقدم يقتضي أنه لا فرق، وعليه العمل. (هـ). فلا يفيد المخالفة لأن معناه أن أبا عمران خصص مخالفة الوصي للأب بالربع فحمله على النظر في غيره فقط. وكلام غيره يقتضي أنه لا فرق بينهما، أي فيحمل على النظر في الجميع لا في الربع ولا في غيره، وعليه العمل تأمله. فإنه ظاهر جدا. ولذا قال التسولي في شرح التحفة : لا يحتاج أي الوصي إلى إثبات الوجه الذي يبيع له بل يكفي ذكره له بلسانه وإن لم يذكره كان البيع ماضيا لأنه كالأب وهو المشهور، وبه العمل، ونحوه لأبي الحسن والبرزلي وغيرهم. (هـ) الخ... فانظر قوله وغيرهم فيدخل فيه حتى ابن ناجي. وأما حمله على ان الوصي مخالف للاب في كل شيء وبه العمل، فبعيد من لفظه وغير مطابق للواقع، فقد نقل عنه السجلماسي في شرح عملياته انه تكلم على المسألة في كتاب الوصايا وكتاب الشفعة، وحكى فيها أربعة أقوال، منبها في كتاب الشفعة على أن العمل جرى بحمله على النظر. انظره. وأيضا لا معنى لكونه امينا شرعا. وعدم تصديقه في الربع وغيره، والله أعلم. قاله وقيده المهدي غفر الله له بمنه. (هـ).

وتقيد عقبه : الحمد لله الذي يظهر في النازلة أن إقرار الوصية للمصير بما صيره على بناء الدار المشتركة بينها وبين محاجيرها، من باب إقرار الوصي على محجوره فيما وليه له، وهو كالإقرار على نفسه، فهو معمول به، نص عليه في نوازل المعيار، ونظمه الفاسي في عملياته، وحينئذ فتسليمها الصائر للمصير لازم نافذ، ولا يمين قضاء على المصير هنا، لأن الدعوى على رشيد حي حاضر، وعليه فتصييرها ربع الدار صحيح، لأن التصيير بيع، والدين يباع له ربع اليتيم، كما لغير واحد، وفعل الوصي محمول على السداد، كما في المفيد، والله ولي التوفيق، محمد بن رشيد العراقي، كان الله له. (هـ) الخ...

وسئلت : عمن أوصى بثلثه من بعض الأصول لأحفاده من بنتيه فلانة وفلانة، وأولاد شقيقه فلان، الذكور منهم فقط دون الإناث على الرؤوس ما تناسلوا، فإذا انقرض العقب المذكور، فيرجع لزاوية سيدي فلان الخ... فهل قول الموثق الذكور منهم الخ... راجع لأولاد الشقيق فقط أو يرجع حتى للأحفاد المذكورين.

فأجبت : الحمد لله، نصيب الحبس على الأحفاد المذكور، لا يختص به الذكور منهم، بل الذكر والأنثى فيه سواء، لأن الحفيد يستعمل في الذكر والأنثى لغة وعرفا بلا نزاع. وقد نص على ذلك شراح المختصر وغيرهم. قال الخرشي في شرح المختصر: والحافد هو ولد البنت وإن سفل، ذكرا كان أو أنثى. (هـ). وقال الزرقاني أيضا : الحافد هو ولد البنت وإن سفل، ذكرا أو أنثى.الخ... وقال أبو علي بن رحال في شرحه : الحافد هو ولد البنت.الخ... ونصوص العلماء بهذا كثيرة، وهي كلها مصرحة بأن الحفيد لا يختص بالذكر، بل قوله تعالى : ﴿ **وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة** ﴾ وبما يفيد قصر الحفدة على البنات، لأن العطف يقتضي المغايرة والله أعلم. وأما قول المحبس ولأولاد شقيقه الذكور منهم دون الإناث على الرؤوس إلى قوله : فإذا انقرض العقب المذكور، يرجع لزاوية سيدي فلان الخ...فإنما يرجع لأولاد شقيقه دون احفاده من بنتيه لأن الناس إنما يخصون الوصية بالذكور إذا كانوا من نسبهم ولا يخصونها بهم إذا لم يكونوا من نسبهم. هذا هو الشأن في ذلك، ويعللون ذلك صراحة بأنهم يحرمون البنات، لكونهن يذهبن بالشيء الموصى به للرجال الأجانب. وأما إذا كانت الوصية للاحفاد من البنات كما هنا، فلم تجر عادتهم بالتخصيص بالذكور ولا فائدة له، إذ كل من الذكور والإناث حينئذ أجانب ليسوا من نسبه أصلا، والعادة من المخصصات، كما في الزقاقية وغيرها من كتب الفقه. وإذا لم يصح رجوع القيد المذكور للاحفاد معنى، اتضح أنه خاص بأولاد شقيقه. وقد تقرر في كتب الفقه أن العرف من المرجحات وأنه لا يسوغ لقاض ولا لمفت إلغاؤه لا سيما في الأحباس والوصايا. قال الشيخ التاودي على قول الزقاقية :

لكن على العرف عولا ما نصه،لأنه أصل من الأصول (هـ). وقال أيضاً على قولها :

وكن ذا تأن عارفا بعوائد

أي ليحمل الناس عليها الخ... وقال في الزقاقية بعد أن ذكر أن العرف من المخصصات، ما نصه به الحكم الفتوى، فإن صح ما جرى * من العرف فاحكم الخ...

وقال أبو زيد الفاسي في عملياته : واعتبر الأعراف في الفتوى وفي * الحكم الخ...

وقال ابن عرفة في الوصايا والأحباس: على المتعارف بين الناس الخ... وكما يعتبر العرف في الأحكام والفتوى، كذلك يعتبر القرائن أيضا فيها لأنها تبين قصد الموصي والمحبس. قال ابن فرحون في التبصرة ما نصه : إن الطوائف الأربعة عملوا بالحكم بالقرائن والأمارات فانظره، والقرينة هنا على أن قول الموصي الذكور منهم الخ... إنما يرجع لأولاد الشقيق فقط. قوله : أن القسمة بين الموصى لهم على الرؤوس الخ...فهذا يفيد دخول بعض الإناث مع الذكور، وهن الأحفاد من بنتيه، لأن هذا اللفظ إنما يستعمل حيث يتوهم اختلاف الأنصباء، ليرفع به ذلك الوهم أما لو اختصت القسمة بالذكور فقط، لم يحتج لقوله على الرؤوس، إذ لا يتوهم التفضل بين الذكور وحدهم. وكذا قوله : فإن انقرض العقب المذكور الخ... لأن العقب يستعمل في الذكور والإناث على المعمول به. والحاصل أن رجوع القيد المذكور لما قبله يليه، محقق لا شك فيه، وإرجاعه لما قبل ذلك على تسليمه إنما هو على سبيل الشك والاحتمال. ومن المعلوم أن كل محتمل ساقط. ولذا قال الشيخ الرهوني في حواشيه وابن رحال في ارتفاقه نقلا عن المعيار : ولا يلزم القضاء والأحكام بلفظ فيه إشكال وإيهام، وهذا لا يختلف فيه احد من ذوي الأفهام الخ... وذكر الشهاب القرافي قاعدة في الفرق العاشر من فروقه، وأنها مجمع عليها وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعلوم الذي يجزم بعدمه. (هـ). وأيضا فيه مخالفة لما جرى به العرف ودلت عليه القرائن كما قررناه، فيجب إنفاذ الحكم بذلك ونبذ كل ما سواه، وبه يظهر ما سطر أعلاه في تلك الفتاوي الموقعة في المهاوي شيء يمجه الطبع، ويصطحب على إنكاره العقل والسمع.

فقول من قال:إن الحطاب أفتى في عقد حبس إلى قوله : بأن من مات منهم فنصيبه لإخوته إلى قوله : فأنت تراه جعل ضمير منهم يرجع للفريقين قبله، لا لخصوص الثاني. (هـ) غير صواب. أما أولا : فإن الكلام إنما هو في القيد، وهو قوله الذكور هل هو صفة لما يليه فقط أوله ولما قبله. وأما ضمير منهم فهو تابع له، فإن جعل صفة لما يليه وحده فالضمير قاصر عليه، وإن جعل صفة حتى لما قبله، فالضمير راجع للجميع، أي الذكور من أولاد الشقيق أو منهم الخ... ومن الأحفاد. فعلى كل حال لا مدخل للضمير في التخصيص ولا في التعميم. وهذا لا يخفى على اصاغر الولدان، وكذلك قول الحطاب ومن مات منهم الخ... إن جعل من واقعة على فريق فقط خص به الضمير، وإن جعل واقعا على الفريقين كان الضمير كذلك. تأمله. وأما ثانيا : فعلى تسليم ذلك ، فالحطاب إنما رجع الضمير للجميع هنا، لأن من في كلامه من صيغ العموم، ولولا ذلك لقصره على ما قبله يليه بدليل قوله في المسألة التي سئل عنها والده رحمه الله، الظاهر أن الضمير يرجع لأقرب مذكور إليه، وذكر أنه حال الكتابة لم يطلع على نص لأهل المذهب في ذلك، ثم بعد ذلك وجد النص في المسألة، وأن الضمير إنما يرجع لأقرب مذكور في مسائل الحبس من نوازل البرزلي، قف على آخره. وأما قوله الثاني تقرر في الأصول الخ... فجوابه أن المقرر في الأصول، قولان. كما نقلهما شراح الزقاقية، ومحلهما ما لم يعين السياق القصر أو التعميم وإلا عمل به، وهنا عين السياق قصره كما أوضحناه فيعمل به. وأما قوله : الذكور منهم دون الإناث بدل بعض الخ... فغلط بل هو نعت لا بدل على تسليم أنه بدل بعض فلا يفيد تخصيصا ولا تعميما. أما التعميم فظاهر، وأما التخصيص ففي حواشي الرهوني ما نصه : لأن البدل هو المقصود بالحكم، والمبدل منه في نية الطرح غالبا، ولهذا لم يعد الأكثرون بدل البعض من المخصصات. وقال الإمام السبكي : إنه الصواب. قف على آخره. وكذلك قوله : الرابع ما ذكرناه من ارجاع الضمير للفريقين هو المناسب الخ...قد علمت أن هذا من الأغاليط لأن الكلام في القيد لا في الضمير، وعلى تسليمه فهو خلاف المنصوص في نوازل البرزلي، وتأليف الحطاب من إرجاع الضمير لأقرب مذكور، فلا عبرة به. لأن الفتوى إنما تكون بنصوص الأئمة المعتمدة، لا بما لم يقله احد،

وبالجملة فليس في تلك الفتاوى مع طولها إلا فساد الكاغيد وصيرورته لا يصلح لشيء. فإذا تمهد هذا، فقول المحبس أعلاه : ولأولاد شقيقه الذكور منهم دون الإناث. هو راجع لما قبله يليه فقط، وهو أولاد شقيقه لأن العرف والعادة أن الذي يقصد تخصيصه بالذكور هو ما كان للأولاد والإخوة ونحوهم. أما ما كان لأولاد البنت فلا فرق فيه عرفا بين ذكر وأنثى، لأن الجميع أبناء رجال أباعد، ولأن قول المحبس على الرؤوس قرينة تدل على أنه ما أتى به إلا لرفع ما يتوهم من أن قسمة الذكور لا تكون مساوية للأنثى، فقد دل هذا اللفظ على إدخال بعض البنات، وما هن إلا من أولاد البنات. وفي الأجوبة الفاسية بعد أن سئل عن وثيقة نص المراد منها حبس ابو محمد عبد الله ابن مالك على ولديه الطالب أحمد وشقيقه أبي القاسم جميع كذا سوية بين ولديه المذكورين وعلى أعقابهما، وأعقاب أعقابهما، ما تناسلوا وامتدت فروعهم لا تدخل طبقة مع الأخرى ولا يدخل في ذلك الإناث الخ... ما نصه : أما المسألة الأولى وهي قوله ولا يدخل في ذلك الإناث وقوله : ولا تدخل طبقة مع أخرى هاتان الجملتان هل ترجعان لجميع ما تقدم من قوله وأعقابهما، وما عطف عليه فتكونان قيدا في ذلك؟ فجوابهما : نعم ترجعان لجميع ما ذكر على ما هو الظاهر والمقرر في الأصول أن الاستثناءات والقيود بعد جمل ترجع للكل. نعم إن لم تقم قرينة على التخصيص بشيء من ذلك وإن كانت القيود بعد مفردات فعودها إلى الكل أظهر. (هـ). فأنت ترى هذا الإمام الجليل قيد الرجوع للكل بعدم قيام القرينة ومثلها العرف. وبالجملة، فإرجاع الضمير لاول الكلام وإن كان محتملا، فكل محتمل ساقط سيما وقد قامت القرائن على خلاف ما يدل عليه هذا الاحتمال فتعين نبذه، وخلاف هذا وهم تكفل ببيانه الفقهاء أعلاه، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

ووافق على صحة هذا الجواب جماعة من أهل العصر، كالفقيه الصنهاجي، والسيد العباس التازي، والشريف السيد المامون العراقي، والسيد إدريس ابن بوعبيد التادلي، وسيدي محمد بن عمر، والفقيه الزريعي، والسيد محمد بناني، والفقيه اليوبي. (هـ).

الحمد لله، وقع السؤال عن رجل أوصى بثلثه لأحفاده من أولاده الذكور وعينه في دار سكناه، وقال إن انقطعوا يرجع الثلث المذكور لورثته ثم إنهم ازدادوا وتصرفوا وانقطعوا، فهل يرجع الثلث المذكور لورثته يوم موته أو يوم المرجع؟

والجواب بقول القاضي المكناسي في مجالسه ما نصه : والحبس هل يرجع لأقرب الناس بالمحبس يوم الموت أو يوم المرجع.

قلت : قال المقري في كلياته : كل حبس يرجع ميراثا فهو على أقرب الناس بالمحبس يوم موته، وكل حبس يرجع حبسا فهو على أقرب الناس بالمحبس يوم المرجع.

قلت : هذا الذي قاله رحمه الله هو نص عيسى عن ابن القاسم في الثانية من رسم نقدها من سماعه من الحبس...

قلت : قال ابن رشد : قوله، على أقرب الناس معناه على أحق الناس بميراثه يوم مات. (هـ). وأيضا حيث كانت هذه العطية للأحفاد إنما هي بالاستمتاع بها مدة حياتهم فقط، وبعد ذلك ترجع رقبتها ملكا لورثة المعطي، فهي في معنى العمرى المعقبة. وقد قال في المختصر : ورجعت للمعمر ووارثه يوم موته أي موت المعمر (بالكسر) عند ابن القاسم كما في الذخيرة لا وارثه يوم المرجع. قاله الزرقاني. وفي اختصار المتيطية ما نصه : فإن كانت العمرى معقبة على مجهول من يأتي، فلا يجوز لأحد شراؤها لأنها بمعنى الحبس، ولذلك ترجع بعد انقراض العقب إلى أولى الناس بالمعمر.(هـ). والله اعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئلت عمن أوصى زوجته على أولاده تحت إشراف اخيه، فإن تزوجت ينتقل الإيصاء لأخيه فماتت.

فأجبت : الحمد لله، حيث كان الهالك رحمه الله أوصى زوجته على أولاده إلى أن تتزوج، فحينئذ ينتقل الإيصاء إلى أخيه فلان الخ... ثم إن هذه الوصية ماتت قبل أن تتزوج، فإن الإيصاء المذكور ينتقل للأخ المذكور على المعمول به من النظر في الوصايا والحبس للمعنى لا للفظ، وذلك لأن موتها في معنى التزوج، بل أحرى منه لأن تزوجها إنما أوجب عزلها عن الإيصاء، لأنه مانع من كمال النظر في

أمور المحاجير، لاشتغالها بأمور الزوج فلا تتفرغ معه للنظر في أمورهم، وأما الموت فمانع من النظر إليهم جملة وتفصيلا، كما لا يخفى، وعليه.فيقال:إذا كان الإيصاء ينتقل للأخ بمجرد ضعف النظر بالتزوج وقلة التفرغ فينتقل بانقطاع النظر كلية من باب أولى، وقد اختلفوا في مفهوم الأخرى، هل هو من قبيل المنطوق أو لا؟ فإن قلنا هو من المنطوق فلا إشكال، وإن قلنا هو من قبيل المفهوم، فالاتفاق على أنه يعمل بمقتضاه كالمنطوق سواء والله اعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وأجبت عن مسألة بما نصه : الحمد لله، الذي رجحه غير واحد من المتأخرين في الوصية التي التزم فيها الموصي عدم الرجوع، هو اللزوم. قال المحقق العلامة السجلماسي في شرحه لقول أبي زيد الفاسي :

بالصلح في الوصية التي التزم   أنه لا رجوع فيها قد حكم

بعد نقل كلام الناظم في شرحه بما نصه : تضمن كلامه رحمه الله الإشارة إلى نصوص الأئمة، وفتاويهم المنقولة في المعيار وغيره. وأنا إن شاء الله أبسط ذلك، وأثبت هنا ما وقفت عليه مما له تعلق بالنظم، ما عدا الحكم بالصلح المشار إليه، فإني لم أقف إلا على نقل الناظم له عن سيدي علي بن هارون، وسيدي عبد الواحد الونشريسي ووجهه والله أعلم. كون المسألة مشكلة لقوة الخلاف الذي فيها، وقد قال المتيطي إن عمي على الحاكم وجه الحكم ندبهما يعني الخصمين إلى الصلح وحضهما عليه. (هـ). ثم قال بعد نقول ما نصه : فقد رأيت كلام هؤلاء الأئمة كلهم صريحا في لزوم ما التزمه الموصي من عدم الرجوع في الوصية، وتبعه الرهوني في حواشيه، فقال ما نصه : لان العمل لا يثبت بحكم قاض واحد في قضية واحدة، ولذلك بحث شراح العمليات في قول ناظمها بالصلح في الوصية. البيت. مع ما نقله في الشرح عن القويضي، أن حكم سيدي علي بن هارون، وسيدي عبد الواحد الونشريسي جرى بالصلح إلى أن قال بعد كلام فتحصل أن الأقوال الثلاثة، القول بعدم صحة الرجوع مطلقا، والقول بصحته مطلقا، والقول بالتفصيل، كل منها قد رجح، وكل منها قد قيل : إن به العمل، وأقواها من جهة النقول، الأول، ولذا قال الحطاب في التزاماته آخر كلامه ما نصه : وهذا الكلام

كله في هذه المسألة تفريع على القول المرجوح، فإن الراجح فيها، اللزوم كما تقدم. (هـ). وقد أشار إليه العلامة ابن قاسم في شرح العمليات، وزاد عقبه ما نصه :

قلت : به أفتى أكثر الشيوخ.(هـ). وتبعهما التسولي في شرح التحفة على إنكار العمل المذكور، ولكن الحق خلافه، وهو أن العمل المذكور، صحيح ثابت وإن لم يهتدوا إليه، وغاية الأمر أنهم لم يقفوا عليه وقد ذكره الشريف العلمي في نوازله، ونصه الذي تلقيته من شيخنا العلامة، خاتمة قضاة العدل، سيدي العربي بردلة رحمه الله تعالى، مشافهة، أنه جرى العمل قديما بفاس من أشياخنا وأشياخهم بالصلح بين الموصى له وبين الورثة على أن النصف يكون للموصى له، الملتزم في وصيته عدم الرجوع، والنصف لمن ينازعه برجوع الموصي عن وصيته. (هـ). وهو شاهد للنظم المذكور، ودال على ان ما قاله السجلماسي ومن تبعه، قصور. وفيه كفاية والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل من يتسمى من أهل الرباط وسلا عن مسألة.

فأجاب : الوصي من قبل الأب ليس لأحد من قريب المحجور أو غيره كشفه عما بيده من مال المحجور، ولا الاطلاع عليه، ولا أخذ نسخ عقوده، ولا يتعرض له في ذلك بوجه، إذا كان أصل المال معروفا عنده محصورا بشهادة العدول إلا أن يستراب في أمره، ويتبين للقاضي وجه يخشى به على المال عنده، أو يكون لا مال له، أو عليه ديون يخشى أن يغرمها من مال اليتيم، ولا يجد له قضاء أو ما كان مثل ذلك، فينظر القاضي حينئذ في ذلك، وهو محمول على الأمن من ذلك والسلامة منه، حتى يثبت عليه خلافه، نص على ذلك ابن رشد، وابن سلمون وغيرهما. وكتب محمد بن أحمد الغربي وفقه الله بمنه. (هـ). الحمد لله، ما سطر أعلاه صحيح، وقد بسط الحطاب القول في هذه المسألة بنقل كلام ابن رشد في نوازله الذي نقله ابن سلمون. ونقل كلام العتبية وكلام ابن رشد عليها والله سبحانه أعلم.

وكتب محمد المير لطف الله به. (هـ).

وأفتى الشيخ التاودي بعكس هذا ونصه : وأما الوقوف على ما بيد الوصي من مال الايتام، فالذي في مسائل ابن الحاج أنه يجاب إلى ذلك طالبه. قال : وسواء كان ــ أي الطالب ــ ممن يرث الأيتام أم لا، وإنما قام بذلك احتسابا والله أعلم. (هـ). ومثله في مجالس المكناسي مقتصرا عليه ونصه : فإن قام محتسب على وصي وطلب منه المحاسبة على مال الأيتام، هل يمكن من ذلك أم لا؟

قلت : نقل البرزلي ب .ن الحاج أن للمحتسب القيام على الوصي بذلك وإن لم يكن المحتسب وارثا، فإن أنكر الوصي بعض ما ادعاه المحتسب ولم تقم للمحتسب بينة حلف الوصي ولا تؤخر اليمين. **قلت** ما لم يقصد المحتسب بكلامه إضرار الوصي، فإن قصد إضراره لم يمكنه القاضي من ذلك لما قالوا في الوكيل إذا كانت بينه وبين مطلوب موكله عداوة لا يمكن من ذلك، ويقال للطالب : وكل غيره، أو تكلم بنفسك على حقك. (هـ). وروجع ما قدمناه في هذه النازلة عن الحائك وعن غيره في نوازل الحجر، وقدمنا هنالك أن المحجور إذا طلب نسخة من زمام التركة يجاب إليها ولا يمنع منها، والله أعلم.

وسئلت عمن أوصى على ابنتيه فلانة وفلانة بعد مضي نحو اثني عشر عاما من الدخول بهما، فهل يصح هذا الإيصاء أم لا؟

فأجبت : الحمد لله، حيث كان إيصاء الأب أعلاه على بنتيه فلانة وفلانة بعد مضي أكثر من عشرة أعوام من الابتناء بهما، فهو لغو لا عبرة به، إذ بمضي سبعة أعوام فقط من الابتناء بهما صارتا رشيدتين على المعمول به، وخرجتا من الحجر، ولا يصح الإيصاء على رشيد. قال الحطاب : ليس للأب أن ينصب وصيا على كبار أولاده، إلا أن يكونوا محجورا عليهم. قال في النوادر نقلا عن اشهب في المجموعة : وليس له أن يولى على كبار ولده احداً. (هـ). وقال العبدوسي كما في المعيار : إنما حكم القاضي المذكور بإبطال الحجر المذكور، لأن الحجر إنما يكون بعد البناء بقربه إلى ستة أعوام على ما قال بعضهم لأن دخولها مظنة رشدها، فلا فائدة في الحجر عليها.الخ... انظره. وقال الشيخ التاودي على قول التحفة : ما لم يجدد حجرها اثر البنا الخ... ما نصه : ويعني بالإثر ما لم تمض

المدة التي تخرج فيها من الحجر وهي سبعة أعوام على ما به العمل إلى أن قال : فإن خرجت لم يصح التجديد. (هـ). ونحوه قول التسولي، مراده بالإثر أن يكون التجديد داخل المدة التي تخرج بها، وهي سبعة أعوام، فإذا خرجت لم يصح التجديد. (هـ). وهذا مفهوم قول التحفة أيضا :

وإن يمت أب وقد وصى على   مستوجب حجرا مضى ما فعلا

وقول المختصر أيضا : وإنما يوصي على المحجور عليه أب أو وصيه. ونصوص العلماء بهذا كثيرة، والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن رجل له ولد مجدوب لا يحسن التصرف في ماله بالبيع والشراء والأخذ والإعطاء، منذ نشأ إلى أن بلغ، وزوجه أبوه فولد له ولدان، فمات ــ أي الولد المجدوب ــ ثم مات أبوه أيضا. وقد أوصى على ولديه زوجته وهي جدتهما، فهل إيصاؤه على حفيديه صحيح لكون والدهما كان محجورا له إلى أن مات أو لا. وهل إذا ظهر من ينازع وبيده تقديم على الولدين من القاضي يعمل به أم لا؟

فأجبت : الحمد لله، حيث كان الولد المجدوب لا يحسن التصرف في ماله بالبيع والشراء الخ... كان النظر فيه لوالده، وكان له أن يوصي على ولديه أيضا إن مات كما في النازلة أعلاه. لأنهما محجوران له. وقد نص على هذا وغير واحد. قال الحطاب على قول المختصر : وإنما يوصي على المحجور عليه أب، ما نصه. التنبيه الثاني : قول المصنف : وإنما يوصي على المحجور عليه أب، هذا إذا كان الأب رشيد، كما تقدم في كلام ابن عرفة حيث قال : إن كان ــ أي الإيصاء بالنظر لمحجور اختص بالرشيد، فأما إن كان سفيها وهو في ولاية أبيه فللجد الولاية على ولد ولده، ويوصي عليهم، ويكون وصيه وصيا عليهم. وقيل لا يكون وصيه وصيا عليهم. قاله في رسم المخدم الخ...فأخذ من كلام الحطاب هذا. أنه لا خلاف في ولاية الجد على أولاد ولده السفيه، ولا في أنه يوصي عليهم إن مات، وإنما الخلاف هل وصيه أي السفيه يكون وصيا على أولاده أولا؟ وصرح بهذا

شارح العمل الفاسي فقال بعد نقل كلام الحطاب المتقدم ما نصه : ظاهره أن ولاية الجد على ولد ولده المحجور لا يجري فيها الخلاف في ولاية الوصي على ولد يتيمه والله المستعان. (هـ). فكلام الحطاب هذا نص صريح في عين النازلة، دال على أن إيصاء الجدل أعلاه على حفيديه ثمه صحيح لا غبار عليه. وقد تلقاه غير واحد بالقبول، منهم شارح العمل المتقدم، ومنهم أبو علي بن رحال في شرح المختصر. وأما ما استظهر به الخصم من التقديم على الحفيدين فلغو، إذ لا نظر للحاكم على المحجور مع وجود الوصي، ولو بعد كما قال في المختصر، والولي الأب وله البيع مطلقا، ثم وصيه وإن بعد. ثم حاكم الخ...وقال الحطاب في المحل المذكور ما نصه :

مسألة : إذا قدم القاضي ناظرا على اليتيم ثم ظهر وصي من قبل الأب فله رد أفعاله، انظر البرزلي. (هـ). ومثله في المعيار عن ابن البراء ونقله الشريف العلمي في نوازل الوصايا، انظره، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، ما كتبه الفقيه اعلاه جوابا عن السؤال أعلى أعلاه، صحيح في غنى عن مزيد البيان والتصحيح، فحيث كان الولد مجدوبا لا يحسن تصرفا في ماله كان لوالده النظر فيه وكان له أن يوصي على ولديه، ونص الحطاب الذي نقله الفقيه أعلاه، صريح في ذلك، وفي البهجة عند قول المتحف :

ونظر الوصي في المشهور   منسحب على بني المحجور

ما نصه : وأما الأب فالمنصوص عن مالك، أنه ينظر لاولاد ابنه السفيه كما ينظر له، ويوصي عليهم، كما يوصي على أبيه السفيه كما في الحطاب. (هـ). وحينئذ تقديم القاضي على الولدين مدفوع وغير ثابت ولم يصادف محلا. قال الحطاب عند قول خليل : وإنما يوصي على المحجور عليه أب ما نصه : وإذا قدم القاضي ناظرا على يتيم، ثم ظهر له وصي من قبل أبيه فله رد أفعال المقدم نقله البرزلي في الوصايا. (هـ) ونقله الزرقاني وفي العمل :

ورد ما مقدم القاضي فعل   إذا وصي الأب بان واستقل

ونقل شارحه أن البرجيني **سئل** عنها **فأجاب** : بأنه إذا ثبتت وصية الأب فهي الأصل ولا أثر لمقدم القاضي معها إذ لا أثر لنظره إلا مع عدم الوصي من قبل الأب. (هـ). وهذه المسألة وهي إيصاء الجد على بني ولده المحجور، وإعمال إيصائه، ونظره عليهم دون مقدم القاضي، قد أفرد فيها الشيخ العلامة سيدي محمد الغصير تأليفا سماه : «الوشي العبقري» أجاد فيه وأفاد وانتصر لما قلناه. وما حاد وكتب محمد بن رشيد العراقي، كان الله له آمين. (هـ).

الحمد لله، والصلاة والسلام على مولانا رسول الله وآله وصحبه، وبعد : فما قاله المفتيان أعلاه من أن إيصاء الجد على حفيديه صحيح الخ... حق لا شك فيه، لكون والدهما لا يحسن بيعا ولا ابتياعا، وإنما هو من جملة المجاديب، وحينئذ فالمسألة ليست من محل الخلاف على ما حرره العلامة السجلماسي في شرح العمليات، وكذلك لا عبرة بالتقديم مع وجود الإيصاء حسبما، قاله الحطاب نقلا عن البرزلي، وساقه في شرح العمل فقها مسلما، والحاصل أن ما سطره الفقيهان أعلاه ــ حفظهما الله من الفقه الذي لا غبار عليه، يجب المصير إليه، والتعويل عليه، وكتب موافقا لما بيناه، ومتبعا لما حرراه محمد بن عمر السجلماسي لطف الله به. (هـ).

تنبيه : وقعت نازلة وهي رجل أوصى بثلث ماله لأحفاده، ومات وتلفت الوصية على ما قاله الوصي، فذهب إلى العدلين اللذين كانا كتباها فأعاداها له.

فأفتى بعضهم ببطلانها، مستدلا بقول المختصر : (ولم يشهد شاهداها إلا بها). وبقول التحفة أيضا :

وما به قد وقعت شهادة   وطلب العود فلا إعادة

وبما ضاهى هذا من كلام الأئمة الخ...

وأفتيت بصحتها ولزومها، لأن محل الخلاف إنما هو ابتداء هل تعاد أولا ؟ أما إن أعيدت فإنه يقضى بها قطعا، كما يدل عليه كلام ابن فرحون في التبصرة أثناء الفصل السابع، فيما ينبغي للشهود أن ينتبهوا له، ونصه : قال ابن حبيب :

سمعت ابن الماجشون يقول : من كتب على رجل كتابا بحق له، وأشهد عليه شهودا، ثم ادعى ان كتاب الحق قد ضاع، وسأل الشهود أن يشهدوا له بما حفظوا من ذلك، فلا يشهدوا على حرف منه، وإن كانوا لجميع ما فيه حافظين، لأنه لا يخاف أن يكون قد اقتضى حقه ودفعه للمديان فمحاه. وقد اكتفى اليوم كثير من الناس بمحو كتب الحق دون البراءة منها والاشهاد عليها، فإن جهلوا وقاموا لم يسع الحاكم الا قبولها، ويقول للمشهود عليه : أقم بينة براءتك وما تدفع به الشهادة. وقال مطرف : لهم أن يشهدوا وإنما الكتاب تذكرة. وقاله مالك وأصبغ. قال ابن حبيب : وهذا أحب إلي إذا كان المدعي مأمونا، وإن كان غير مأمون فقول ابن الماجشون أحب إلي. (هـ). ومعنى قوله : فإن جهلوا وقاموا الخ... إنه إن وقع ونزل وأعادوها، فإنه يقضى بها سواء أعادوها جهلا أو عمدا. انظر شراح الزقاقية. فبان به أن ابن حبيب هو الذي يفصل بين أن يكون مأمونا أو غير مأمون. وأما مطرف فيقول بالاعادة مطلقا، خلاف ما في الزقاقية، لكنه تابع لابن سلمون. فظهر بهذا أن مطرفا، ومالكا، وأصبغ، يقولون بالإعادة مطلقا، وابن الماجشون هو القائل بأنها لا تعاد، ولكنه زاد أنها إن أعيدت يقضى بها. تأمله. ولذا قال ابو علي بن رحال في حاشية التحفة بعد كلام ما نصه : ولكن المضي قال به ابن الماجشون القائل بعدم جواز الإعادة الخ... وقال ابن الناظم : قول ابن الماجشون به عمل الموثقين الخ... وقال أبو علي بن رحال في شرح المختصر نقلا عن بعض الشراح : إن كلام ابن الماجشون هو المعتمد. (هـ). وصرح الشيخ ميارة في شرح التحفة بأنه المشهور، وفيه كفاية. وانظر حاشيتي على التحفة عند قولها : وما به قد وقعت شهادة.البيت. فقد كتبنا في هذه النازلة ما يشفي، وتكلمنا فيها مع التسولي بما لا مزيد عليه، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به (هـ).

وسئلت عمن ادعى على غيره بمال كثير، فأقر ببعضه، ولكن ادعى انه محجور، فكلفه القاضي بإثبات الحجر، فأثبت أن أخاه الكبير وصى عليه من قبل أبيه، فأثبت المدعي بالعدول أنه رشيد، وأثبت باللفيف أنه يتصرف في متاعه

بالبيع والشراء على عين وصيه المذكور الخ... فعارضه الوصي وأثبت بأربعة عدول ولفيف أنه سفيه، مبذر لماله منذ كان وهو في ثقاف الحجر إلى الآن، وأثبت بعدلين أيضا أنه ما تصرف قط في شيء، لا من متاعه ولا من غيره إلى الآن.

فأجبت : الحمد لله، حيث أثبت المدعي على العربي الداودي أنه رشيد، وعارضه وصيه في ذلك، وأثبت سفهه بالعدد الكثير من العدول واللفيف، فالواجب تقديم بينة السفه حسبما نص على ذلك غير واحد من الأئمة. قال في التحفة :

والشأن الإكثار من الشهود   في عقدي التسفيه والترشيد
وليس يكفي فيهما العدلان   وفي مرد الرشد يكفيان

قال أبو علي بن رحال في حاشيتها نقلا عن المتيطي : فإن أتى الوصي بشهيدي عدل يشهدان أن اليتيم بحال سفه، كانت شهادتهما أنضى من الذين شهودا بالرشد وأعمل. وكانت شهادتهما مدفعا في شهادة الشهود بالرشد. فقوله : مدفعا، هو قول الناظم : وفي مرد الرشد. وحاصل الفرع أن شاهدي السفه يجعلان شهادة الشهود بالرشد غير تامة، بل قادحة فيها، ودافعة لها عن العمل بمقتضاها. (هـ) بلفظه، وفيه كفاية. وأما شهادة اللفيف بأنه كان يتصرف ويبيع ويشتري في امتعته على عين أخيه الوصي عليه، فغير مفيدة أيضا.

أما أولا، فإنها معارضة لبينة العدول التي بيد الوصي أنه لا زال نظر حاجره لم يتصرف قط في شيء من الأشياء. ومن المعلوم المقرر أنه لا أثر لبينة اللفيف مع وجود شهادة العدول حسبما نص على سيدي العربي الفاسي في تأليفه في اللفيف، والشيخ ميارة، وسيدي عمر الفاسي في شرحي الزقاقية، وسيدي عبد القادر الفاسي في نوازله، ونصه : إن البينة العادلة مقدمة على اللفيف، إذ لاعبرة بكثرة العدد مع ضعف العدالة. (هـ).

وأما ثانيا، فعلى تسليم أن اللفيف لا معارض له هنا، فلا توجب تلك الشهادة الغرم، إلا إذا كان المحجور يتصرف بحضرة وصيه، لا إن تصرف في غيبته،

وعلم بذلك الوصي وسكت، كما قاله غير واحد. قال الشيخ التسولي في شرح التحفة : ليس معنى قولهم : إذا كان يبيع ويشتري بحضرة وليه وسكوته أنه يكون مطلق اليد، ويخرج بذلك من الحجر، حتى يمضي ما يفعله بغير حضرة وليه، كما توهمه عبارة المواق، وتمسك بها بعضهم اليوم فأفتى بذلك، وإنما مرادهم أن ما فعله بحضرته وسكوته من بيع ونحوه، يحمل على أنه أجاز خصوص ذلك البيع ونحوه الواقع بحضرته، لأن سكوته عنه إذن فيه حكما، وأما ما عداه مما لم يكن بحضرته فلا يمضي إلا بإمضائه. (هـ). ونحوه قول الشيخ الرهوني في جواب له، لا شك أن مسألة الحطاب وغيره إنما هي فيما فعله بحضرته، لا فيما فعله في غيبته، ولا شك أن بينهما فرقا، ولذلك اختلف الحكم فيمن بيع عليه ماله وهو حاضر، وفيمن بيع عليه وهو غائب عن مجلس العقد فبلغه ذلك الخ... وقال بعض الأئمة المعاصرين للشيخ الرهوني من أهل سلا في جواب له أيضا ما نصه : كل من تكلم على مسألة الحطاب فإنه يعبر بالحضور، أو الرؤية، أوالمشاهدة. ولا شك أن الحضور أقوى من العلم وأدل على الرضى، والإذن في ذلك العقد، ويدل على أن العلم ليس كالحضور، ما قاله الشيخ عبد الباقي عند قول المتن : وله إن رشد من المحجور إذا تصرف بغير إذن وليه، فعلمه الولي وسكت حتى رشد المحجور، فإن النظر في ذلك له لا لغيره، فإن شاء رده، وإن شاء أمضاه، سواء كان مما يجوز للولي رده أو يجب الخ... إذ لو كان علمه وسكوته عنه يصيره كأنه الفاعل له، ما كان للمحجور إذا رشد أن يرده. (هـ). ونص الحطاب المشار إليه الثالث أي من التنبيهات، إذا باع المحجور أو اشترى بحضرة وليه وسكت الخ... قف عليه. وعليه فلا يلزم هذا المال المحجور إلا إن كان أخذه من ربه بحضرة وصيه وسكت عنه. (هـ).

وأما ثالثا : فعلى تسليم إثبات ذلك كله، فإن محل اللزوم للمحجور إذا تصرف الخ... مقيد بما إذا كان سدادا ومصلحة، كما في ابن سلمون ونصه : قال أبو ابراهيم في مسائله : كل ما عقده اليتيم على نفسه بعلم الوصي ومشاهدته مما هو نظر لليتيم، فذلك لازم لليتيم، وما كان من ذلك ليس بمصلحة لليتيم، فليس

بلازم له. (هـ). وعليه فلا بد أن يثبت المدعي أن المحجور صرفه في مصالحه. وظهر بهذا أن إقرار المحجور العربي الداودي في جواب المقال بستين ريالا الخ... غير لازم له لكونه سفيها بإقراره لغو لا عبرة به. قال في المختصر : (يؤاخذ المكلف بلا حجر بإقراره) الخ... والله أعلم، قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني، لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن رجل مات وترك زوجة وابنا، فأوصى على ابنه المذكور ثلاثة من إخوانه كانوا معه على المفاوضة، ثم إن واحدا منهم التزم بالنفقة على الزوجة والابن المذكورين، بشرط أن لا تتزوج الزوجة، فقبلت شرطه، ثم تزوجت بواحد منهم غير الملتزم، ثم بعد مدة رشد الابن فتحاسب معه أعمامه الأوصياء عليه على الإنفاق في تلك المدة، فأبرز الحساب أن قدر الواجب له في ميراث أبيه أربع عشرة مائة من الريال، وقدر النفقة والكسوة والعرس في تلك المدة خمس وعشرون مائة من الريال، فطلبوا الولد المرشد بإحدى عشرة مائة من الريال الزائدة، فأثبت هو أي الابن بعدد كثير من الناس أن ما قاله الأوصياء غير مشبه ولا مقارب، وأن الأوصياء المذكورين تجاوزوا الحد في حق الابن الخ... فهل يلزم الابن العدد الزائد من الريال أم لا؟

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت بشهادة الجم الغفير، والعدد الكثير من التجار، وأرباب المعرفة، أن محاسبة الأوصياء المذكورين غير جارية على منهاج الزمامات، وأن جميعها مختل، وأن ذلك غير مشبه ولا مقارب باعتبار السكة، وبدون اعتبارها، وأنه وقع في الصائر على المحجور حيف كثير وخصوصا صائر عرسه الخ... كانت ملغاة غير معتد بها، وقد نص العلماء على أن الوصي لا يقبل قوله إلا إذا كان مشبها وإلا فلا. ابن الحاجب: ومهما نازعه الوصي في قدر النفقة، فالقول قوله، لأنه أمين. التوضيح : أي إن نازع الصبي الوصي في قدر النفقة، فالقول قول الوصي، وعلله بأنه أمين، وهو مقيد بقيدين في المدونة. قال فيها : ويصدق في الانفاق عليهم إن كانوا في حجره، ولم يات بسرف، إلى أن قال : ترك المصنف القيد الثاني للإحالة على القواعد، إذ كل من قبل قوله فإنما ذلك إذا

آدعى ما يشبه، وإذا قلنا القول قوله، فلا بد من حلفه. نص عليه مالك وابن القاسم وغيرهما. (هـ). وفي المدونة، قال مالك : ولو قال أنفقت عليهم وهم صغار، فإن كانوا في حجره يليهم قبل قوله ما لم يأت بأمر مستنكر، أو سرف من النفقة الخ... وفي الشامل : وصدق في النفقة دون سرف بيمينه فيها الخ... وفي الزرقاني على قول المختصر : والقول له في قدر النفقة، ما نصه. وكذا في أصل الإنفاق أو فيهما، ومحل ذلك كله إذا كان في حضانته وأشبه وحلف والا لم يقبل قوله، إلا ببينة. (هـ). ونصوص العلماء بهذا كثيرة، وتتبعها يطول، وهي دالة على أن تلك المحاسبة لا عبرة بها لخروجها عن القواعد الشرعية، كما في الشهادة أعلاه، والمعدوم شرعا كالمعدوم حسا. وقد اشتملت تلك المحاسبة على أمور منكرة :

أحدها : عد الأوصياء فيها المئين من الريال في حظ الهالك في الخسارة مع عدم بيانهم لقدر المال المشترك فيه، وقدر ما ينوب الهالك منه إذ لا تتصور الخسارة إلا بعد وجود مال هو الأصل، وبقدر حظ الهالك منه يكون الربح والخسر، لقول المختصر في باب الشركة : (والربح والخسر بقدر المالين) أي فمن له النصف في المال له النصف في الربح، وعليه النصف في الخسارة. وهكذا فإن زعموا أنه لم يكن له مال معهم وإنما كانوا يتبرعون عليه بالربح، فيقال لهم : حيث لم يكن له مال فلا خسارة عليه كما هو ضروري.

ثانيها : شراؤهم جل تركة الهالك لأنفسهم مع أن الوصي لا يجوز له ذلك، كما في المختصر وغيره.

ثالثها : عدهم نفقة الولد بأجمعها، مع أنه ينكرها ويدعي أنه كان ينفق على نفسه من تجارته، وبيده رسم الدكان يتجر في حانوته بالبيع والشراء نحو عشرة أعوام كسائر التجار، فهذا يمنع من قبول قول الأوصياء، إنهم كانوا ينفقون عليه في هذه المدة ولو كان على مائدتهم. قال الونشريسي في الفائق : من زعم أنه أنفق على ابنة له بالغ في حجره، لها مال، هل يقبل قوله إن شهدت له بينة أنها كانت في كفالته أو في داره، أو حتى توافقه بالإقرار على ذلك ؟ ذكر بعض الناس ان النفقة لا يقبل قوله فيها إلا بإقرار البنت البالغ بذلك، وموافقتها، وبه أفتى شيخنا

أبو الفضل قاسم العقباني، وأفتى الشيخ محمد عبد الله العبدوسي بقبول قول الأب وتصديقه إذا ثبتت الحضانة، ثم رجع إلى فتوى العقباني. (هـ).

وأيضا واحد منهم كان التزم للأم بنفقة الولد مدة حياته، فكيف يصح عدهم لها بأجمعها في الفرض. فإن قالوا : الالتزام المذكور كان على شرط أن لا تتزوج الأم، وقد خالفته، فيقال لهم : شرط عدم التزوج إنما كان من غيركم لا منكم، والتزوج كان برضاكم جميعا فلا يسقط به فرض الولد، لأن الالتزامات يراعى فيها المقاصد، وتقدم على مقتضى اللفظ، كالأيمان، بل هذه الصورة من اليمين عند ابن عرفة، على أن الأم إنما تسقط ما هو لها خاصة. وأما ما هو لأولادها من الطوع فلا يسقط، ولو أسقطته. ففي الفائق عن شيخ الشيوخ أبي سعيد بن لب ما نصه : ليس للزوجة أن تسقط عن زوجها حكم الطوع، أي بنفقة أولادها من غيره، ولا ينتفع به الزوج إن فعلت لأن حق الأولاد قد تعلق بالطوع، فليس لأمهم إسقاطه وإن كانت وصيا عليهم، لأن وصي المحجور لا يفوت عليه مالا بغير عوض الخ... فإذا لم يصح لها أن تسقط ما هو من الطوع للأولاد على الزوج لأن فيه تفويت مال لهم بلا عوض، فلا يجوز أن تسقطها عن غير الزوج بالأحرى، أو بالمساواة لاستوائهما في العلة.

رابعها : أنهم تقدمت لهم محاسبتان قبل هذه، ولم يذكروا فيهما نفقة الولد ولا أجرة نظرهم له، وذلك إبراء منهم له منها، كما قاله التسولي في شرح التحفة ونصه : وكذلك الوصي يحاسب نفسه، ثم بعد ذلك يدعي أنه غلط في الحساب، وأنه نسي أجرته. ونحو ذلك، فإنه لايصدق قياسا على مسألة القراض، قاله العبدوسي. (هـ). على أن الأجرة إنما تجب للوصي إذا فرضها له القاضي، لا بلا فرض كما هنا. انظر ابن سلمون.

خامسها : على تسليم ذلك كله فلا يلزم الولد من النفقة وغيرها إلا القدر المعتاد الذي لا حيف فيه، دون السرف فلا يلزمه اتفاقاً لقوله تعالى : ﴿ولا

تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾. وفي الفائق عن شيخ الشيوخ أبي سعيد ابن لب رحمه الله، أنه سئل عن رجل انفق نفقة كبيرة في عرس ابنه ثم طلبه بها.

فأجاب : لا طلب للأب على ابنه بما أكثر من النفقة في عرسه، ودخل في باب الشرف، وإنما يطلبه بالقدر المعتاد في ذلك مما هو داخل في باب الاقتصاد وعلى مقتضى العادة الجارية لمثل الزوج مع تلك الزوجة بعد ان يحلف يمينا بالله تعالى أنه إنما أنفق تلك النفقة من ماله ليرجع بها على ابنه، وهذا إذا كان للابن مال وقت الإنفاق وإلا فلا رجوع له بشيء. (هـ).

سادسها : أنه لا بد من أيمان الأوصياء على القدر المعتاد كما تقدم في كلام ابن لب، أن الأب يحلف ذلك، وتقدم فيه قول التوضيح : فلا بد من حلفه. نص عليه مالك وابن القاسم وغيرهما. (هـ). ولذا قال الزرقاني : والراجح الحلف ولو من أب أو وصي. (هـ) وكتب الرهوني على قوله : والراجح الحلف. ما نصه، هذا صحيح، وهو الذي رجحه أبو علي أيضا في الحاشية والشرح الخ... وقال الشيخ التاودي على قول التحفة : وما اليمين ألزما. ما نصه : والراجح خلافه الخ... ولا يقال بسقوط اليمين عنهم لما بأيديهم من الإشهاد على الهالك في حياته أنهم مصدقون في كل ما يقولونه بلا يمين، لأنا نقول تلك الشهادة لا تفيد شيئا، لأمرين : أحدهما، أنها مخالفة لقاعدة الشرع البينة على المدعي واليمين على من أنكر، ونقل نحوه في المعيار عن القابسي. ثانيها، أن ذلك التصديق إنما كان من الهالك وهو غير لازم لورثته، لالأ لهم أن يقولوا لا يلزم إن صدق موروثنا إخوته الأوصياء لحسن اعتقاده فيهم أن نصدقهم نحن. قال المشدالي : وهذا هو الأظهر. (هـ). ولأن إسقاط الهالك اليمين عنهم من باب إسقاط الحق قبل وجوبه، والله أعلم، قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به.

نوازل الميراث

سئل العلامة أبو زيد الحائك عن الدين، هل يتعلق بتركة الميت أو بذمته وبه وقعت الفتوى من غيره.

فأجاب : الصحيح من الأقوال تعلق الدين بذمة الميت لا بتركته، فإذا قضى الورثة الدين من أموالهم فلا كلام للغرماء، كما للقلشاني. وفي المعيار عن سيدي مصباح : أنه المشهور. (هـ).

وسئلت عما يظهر من الجواب ونصه : الحمد لله، حيث أجاب وكيل أي المواريث عن وفاة برشال بالإقرار وأنه لا وارث له ولا عاصب نسب سوى بيت المال الخ... وثبت ببينة عدلية أن له بنتا وأختا وأخا، فالواجب إخراج متاع الهالك من يده ورده على ورثته، إذ لا ميراث لبيت المال مع وجودهم، كما هو معلوم. ولا يضر ذلك كون البينة في أولها نسبت الشهادة للسماع، وفي آخرها للعلم بالقرابة الخ... فقد سئل العلامة سيدي عبد القادر الفاسي كما في أجوبته عن نحو المسألة.

فأجاب نقلا عن ابن لب بأن ذلك لا يضر ونصه : أن الرسم قد تضمن علم الشهود ما شهدوا به وتحقيقهم، وإنما ذكروا السماع مستنداً لما عملوا وتحققوا. والخلاف إنما هو إذا شهدوا بحصول السماع الفاشي فقط. أما ان تضمنت الشهادة علم الشهود وتحقيقهم كما في النازلة فيثبت النسب ويجب الميراث، ولا يجب في ذلك يمين على أحد. (هـ). والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

قلت : في طرر ابن عات ما نصه : كتب إلى ابن رشد رحمه الله من شاطبة في مسألة **فأجاب** : بأن الذي مضى عليه العمل فيما أدركنا وأفتى به شيوخنا فيما علمنا أن من ادعى عقارا بيد غيره زعم أنه صار إليه عن موروثه عنه أن المطلوب لا يسأل عن شيء حتى يثبت الطالب موت موروثه الذي ادعى أنه

ورث ذلك العقار عنه ووراثته له، فإن أثبت ذلك وقف المطلوب حينئذ على الإقرار والإنكار خاصة، ولم يسأل من أين صار له فإن أنكر. وقال المال مالي والملك ملكي ودعواك فيه باطلة، اكتفى منه بذلك ولم يلزمه أكثر منه وكلف الطالب إثبات الملك للذي زعم أنه ورثه عنه، فإن أثبت ذلك على ما يجب من صحة شروطه، سئل المطلوب حينئذ من أين صار إليه وكلف الجواب عن ذلك إلى أن قال : هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة، ولا خلاف في ذلك أحفظه. (هـ). وقال الشيخ التاودي في أجوبته : لا بد من إثبات الموت وعدة الورثة وإن طال الزمان وكثرت الاموات وتعددت الوراثات ولا تسمع من المدعي دعوى ولا ينظر في صحتها أو بطلانها إلا بعد ذلك، وهذا من البديهيات عند الحكام ولا خلاف بينهم فيه، إلى أن قال : كيف يصح أن تسمع دعوى المدعي في النازلة دون موت المالك الأول وعدة ورثته وموت من مات منهم وعدة ورثتهم الى هذا القائم حتى يعلم ما ينوبه في الدار المتنازع فيها. هل جزء من عشرة، أو جزء من مائة مثلا ؟ فيدعى بمعلوم فإطلاق الأئمة أنه لا بد فيمن ادعى حقا لميت أو على ميت أن يثبت الموت وعدة الورثة صحيح، وذلك حيث يراد انتزاع منه أو أخذ، وكلام ابن الهندي في غير ذلك كما في نص الأئمة عنه. (هـ).

قلت : وفي نوازل العلمي ما نصه : **أجاب** سيدي ابراهيم الجيلالي بما نصه : أما البينة بأن فلانا ابن عم فلان فالذي كانت تجري به الأحكام في الحضرة الفاسية حيث كان الفقهاء بها والأشياخ أنه لا يعمل بها إلا بعد ملاقاة الجدود وإثبات القعد. (هـ). ثم ذكر نحو هذا عن سيدي أحمد البعل، وأبي عبد الله النالي. ثم قال : **وأجاب** الفقيه ابن حماد اليانصوتي حسبما نقل جوابه سيدي الحسن بن عرضون في نوازله : إن كان الأمر كما ذكرتم من أن المتنازعين لم يستظهر واحد منهما بما يقربه إليه، فالذي تظافرت عليه نصوص الأئمة واستمرت به الفتوى من جميع الأمة أن المستحق لماله بيت مال المسلمين. قلنا : وارث أو حائز. (هـ). ومثله في نوازل سيدي عبد القادر الفاسي ونظمه ولده فقال :

لا بد من معرفة القعدد في   إرث وإلا فبشك ينتفي

ثم قال العلمي وجدت بخط والدي رحمة الله عليه : كان شيخنا سيدي محمد ميارة يقول : لا يشترط ذلك إلا في منازعة الأقرباء فيما بينهم لا مع بيت المال. (هـ) قال عقبه وهو صريح ما تقدم في جواب جدنا وما نقله بعده من كلام الأئمة رضي الله عنهم. (هـ).

قال الشيخ الرهوني : وقد كنت بعثت سؤالا للشيخ التاودي عن المسألة فكتب لي بما نصه : والذي عندي في المسألة هو أن بيان القعدد، إنما هو شرط كمال إذا لم يكن منازع إلا بيت المال، فإن كان منازع فلا بد من البيان، هذا الذي كنا نقوله. ووقعت به الفتوى قبل هذا الزمان ولا التفات لما في العمليات. (هـ). وهذا بناء منه على أن كلام العمليات اي المتقدم محله إذا لم يكن منازع إلا بيت المال، وهو خلاف ما فهمه السجلماسي في شرحه، من حمله على ما إذا تعدد العصبة معترضا على القاضي العمري الخ... انظره.

وسئل الشيخ الرهوني عن مسائل وقعت فيها مناظرة بين بعض الفقهاء. منها : إذا قام أحد يدعي حظا من دار أو غيرها من جهة ميت وأثبت الموت والوراثات إلى أن تبين مقدار حقه وبقيت هناك مناسخات من غير الجهة التي وصل هو منها هل يكلف بإثباتها وإن لم يتوقف بيان حقه عليها وبه قال أحد المتناظرين محتجا بإطلاق الإمام المشاور ونصه : ولا يوقف المدعى عليه على الجواب إلا بعد إثبات المدعى موت من يقوم عنه وعدة ورثته وتناسخ الوراثات، فإن لم يثبت ذلك لم يكن له يمين على المطلوب لأن من حجته أن يقول : إن أباك أو من تدعي عنه حي وسيقدم ويقرأنه لا حق له عندي، فإن قال المدعي أنت عالم بموته وعدة ورثته. قال وإن أقر بذلك لم يقبل لما فيه من إلزام الحقوق، وإنما يكون شاهدا الخ... وقال مناظره إن كلام المشار وما يوافقه محله إذا كان حق القائم يتوقف معرفة مقداره عليه لا على غير ذلك، والكلام يحمل على ما يليق به الخ...

فأجاب إن الصواب مع من قال إنه لا يكلف إلا بموت من يطلب الإرث فيه، وحصر عدد ورثته ولا حجة في تعبير من عبر بالوراثات، وقد وقع ذلك في

عبارة ابن رشد وغيره لأن مرادهم ما ذكرتموه وتعليلهم صريح في ذلك، فإنهم عللوا تكليفه بإثبات الموت باحتمال أن يكون من نسب إليه الملك حيا، وعللوا تكليفه بإثبات حصر ورثته باحتمال أن يكون له على غير ثبوت موته في متروكه جزء من اثنين، أو جزء من عشرة أو جزء من مائة مثلا، والعلتان منتفيتان فيمن لا إرث له فيه. (هـ).

وسئلت عمن ادعى على رجل أن زوجته ماتت عند الظهر وجدتها ماتت في ذلك اليوم قرب الغروب، وهو وارث الجدة فيطلب ميراثها في حفيدتها فأجابه الرجل المدعى عليه بالإنكار فأثبت المدعي دعواه باللفيف.

فأجبت : الحمد لله، ما شهدت به البينة من تأخر وفاة الجدة عن حفيدتها لا يفيد شيئا إذ لم يشهدوا بأنها وارثة فيها ولا يلزم من تأخر وفاتها عن حفيدتها ثبوت إرثها فيها لأن الجدة قد تسقط من الميراث في بعض الأحوال بل لو شهدوا بأنها وارثة فيها ما أفاد شيئا أيضا حتى يشهدوا بحصر ورثتها وتغييبهم، وأنه لا وارث سواهم. قال الشيخ التاودي في شرح الزقاقية : ولا بد في الشهادة في عدة الورثة أن يقولوا إنهم لا يعلمون وارثا غيرهم ولا يكفي أنه ابن الميت كما في نص التهذيب. (هـ). وقال سيدي عمر الفاسي نقلا عن المدونة : من قامت له بينة انه ابن فلان الميت لم يستحق ميراثه حتى يقولوا لا نعلم له وارثا غيره. (هـ) وقال ابن سهل شهادتهم في الموت والوراثة لا بد أن يزيدوا فيها لا نعلم له وارثا غيره. (هـ). فإذا لم تفد الشهادة بأنه ابن الميت مع أن الابن لا يسقط من الميراث بحال فكيف الشهادة بتأخر وفاة الجدة عن حفيدتها والله أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

تنبيه : قال في التبصرة : لو مات رجل بإفريقية ووارثه بمصر. فقال الشهود : لا نعلم لفلان بأرض مصر وارثا إلا فلانا فلا تجوز شهادتهم حتى يقولوا : لا نعلم له وارثا غيره في شيء من الأرض. (هـ)، وهو مختصر مما في رسم الأقضية ونصه : سأل ابن كنانة مالكا في شيء من الأرض. (هـ). وهو مختصر مما في رسم الأقضية ونصه : سأل ابن كنانة مالكا عن كتاب القضاة الرجل يقدم

علينا بشهادة قوم يشهدون أنا لا نعلم لفلان بأرض مصر وارثا إلا فلانا وذلك الميت مات بإفريقية. قال : اكتب إليه لا تجوز شهادتهم إلا أن يقولوا نشهد أنا لا نعلم لفلان وارثا من الناس في شيء من الأرض إلا فلانا الخ... قال ابن رشد : قوله لا تجوز شهادتهم الخ... صحيح، لأن في قولهم لا نعلم له وارثا بمصر إلا فلانا دليلا أنهم يعلمون أن له وارثا سوى فلان في غير أرض مصر، فإذا شهدوا أنهم لا يعلمون له وارثا من الناس في شيء من الأرض، إلا فلانا أو أنهم لا يعلمون له وارثا إلا فلانا ولم يقولوا : شيء من الأرض صحت الشهادة. والله أعلم.

وسئل العلامة أبو زيد الحائك عمن ذهب مرتدا لبلد النصارى دمرهم الله تعالى وترك ولدا له ببلد الإسلام في تطوان، فمات أخ للمرتد فورثه ولد المرتد فقيل لأبي المواريث أنه لا ميراث له لقطع والده له بردته عن وصوله لعمه.

فأجاب دون كتابة : أنه غير صحيح، لأن المرتد إنما قطع نفسه فأخبر أن بعض المفتين ممن له في الوقت ظهور. قال بقطعه. فجدد النظر في ذلك وكتب. قال المتيطي : اتفقوا على انه لا يرث من مات من ورثته المسلمين ويرث ورثته من المسلمين غيره، فإن رجع عن ارتداده فلا شيء له أيضا. وهو حكم قد مضى، وماله قبل وفاته حين ارتداده موقوف حتى يعلم ما يؤول إليه حاله. (هـ). وهو تابع لما ذكره ابن فتوح. وظاهر كلامهما وإن لم يحكم بذلك حاكم، وإن وقع التعبير بالحكم بدليل التأمل إلى أن قال : والحاصل أن وباله مقصور على نفسه ولا يحجب غيره ولا يمنعه، كما حتى عند الشيخ عبد الباقي وسلمه له محشيه، نصه : وإذا مات من يرثه المرتد لو لم يرتد في حال ردته ورثه غيره ممن يستحق إرثه غيره ممن يستحق إرثه من أقاربه ومواليه ولا يحجب المرتد وارثا الخ... وقال المواق في تاجه. وانظر لو مات للمرتد موروث في حال ارتداده، فإن مات على ردته لم يرثه، وإن رجع إلى الإسلام. فقال ابن القاسم : لا يرثه. وقال أشهب : يرثه كما يرجع إليه ماله. وقال العصنوني : لا خلاف أنه لا ميراث للمرتد ممن مات من كافر أو مسلم. (هـ).

وسئل الحائك أيضا عن إرث المفقود الذي انقطع خبره ولم يدر أحي هو أو مات، في ابن عمه الهالك في غيبته.

فأجاب بأنه يوقف ميراثه من ابن عمه، فإن أتى أخذه، وإن فوت بالتعمير رد لوارث ابن عمه حين ورث، كما في المدونة حسبما كل ذلك في القلشاني وغيره، ولا بد من الحكم بموته، ولا يكفي مضي مدة التعمير، كما للمازري. البرزلي : وبه وقعت الفتوى من شيخنا الإمام، واحتج لذلك بظواهر من مسائل المدونة، وكذا شيخنا أبو حيدرة. وفي تعلقة أبي حفص العطار ما يدل على ذلك. قال أبو علي وهو الظاهر، وعليه عول الشيخ علي الأجهوري والشيخ مصطفى ونحوه في الدر النثير خلافا لابن فجلة ومن وافقه. (هـ).

وسئل الشيخ التاودي ابن سودة عما ذكره الشيخ ميارة في قول التحفة : وابن اللعان إرثه من أمه الخ... ونصه : فيرث جدته من جهة امه دون جدته من جهة أبيه. فحكمنا عليه فيما سلف من الأعوام بالتصحيف. وقلنا صوابه فترثه جدته الخ... فلما تظافرت النسخ على ذلك دام الإشكال حتى طلعت الشمس علينا من آفاقكم. يعني شرحه على التحفة فأشرتم إلى توهيم قائله إذ هو ابن البنت، فلا يرث اتفاقا إلا على القول بالدفع لذوي الأرحام، فهو منهم، وانظر سيدي إلى قول الأبي في شرح مسلم عن عياض لا خلاف في توارثه مع أهل إرث أمه أو أخوات الخ... إذ عبر بالمفاعلة، وهي ظاهرة فيما قاله ميارة، وإن احتملت أن لا تكون على بابها، فهو خلاف الظاهر، وإلى قول ابن حجر في الفتح. ومعنى قوله في الحديث : ألحق الولد بأمه، أنه صيرها له أبا وأما فترث جميع ماله إذا لم يكن وارث آخر من ولد ونحوه. قال : روي عن ابن القاسم . وقد وقفت أيضا على طرة برباط آسفي بخط القاضي الأعدل سيدي العربي بردلة، ونصه : إنما كان يرث جدته لأمه دون جدته لأبيه مع أنه في غير اللعان يرث جدته لأبيه دون جدته لأمه لأجل النسبة لأنه لما نسب لأمه نزلت منزلة أبيه وجدته لأمه نزلت منزلة جدته لأبيه فورثها. (هـ). وربما يرجحه ما للأبي وابن حجر وإن كان خلاف القواعد، إذ لو كان الأمر كذلك لفرعوا عليه وألغزوا ونبهوا. فبين لنا ذلك بالنصوص التي لا تحتمل التأويل لأنه وقع فيه نزاع الخ...

فأجاب : وأما قول الناظم : وابن اللعان إرثه من أمه الخ... فلم يزد فيه ابنه على أن قال : ابن اللعان إذا ورث أحدا إنما يرثه بأمه لا بأبيه الخ... ولم يذكر ما ذكره الشيخ ميارة من أنه يرث جدته للأم وليس ذلك بصحيح ولا معروف ولا نقله أحد من مشاهير أهل المذهب عن أئمة المذهب، وإنما قال الحافظ ابن حجر في قوله في الحديث : ألحق الولد بالمرأة أي صيره لها وحدها، ونفاه عن الزوج فلا توارث بينهما. وأما امه فترث منه ما فرض الله لها كما وقع صريحا في حديث سهل ابن سعيد من طريق ابن جريج عن ابن شهاب. قال : ثم جرت السنة في ميراثها أنه يرثها وترث منه ما فرض الله. ثم قال ابن حجر : وقيل معنى ألحقه بأمه أنه صيرها له أبا وأما، فترث جميع ماله إذا لم يكن له وارث آخر من ولد ونحوه. وهو قول ابن مسعود ورواته وطائفة ورواية عن أحمد. وروي أيضا عن ابن القاسم. (هـ) وهذا مع غرابته وبعده لا شاهد فيه للشيخ ميارة لأنه كلام فيما بين ابن اللعان وأمه وكلام الشيخ ميارة فيما بينه وبين جدته في الطرة المذكورة، لا يجري إلا على التأويل الضعيف في الحديث وأن معنى قوله : ألحق الولد بالمرأة صيرها له أبا وأما، فترث ماله إذا لم يكن له وارث الخ... ويلزم على هذا أن يكون أخوها عمه فيعصبه، وأن تكون أمها جده فترث منه الجميع إذا انفرد لا السدس، كما قاله ميارة، فهو لا يوافقه أيضا، ثم الطرة يردها ما في الحديث المصرح بأنها ترث منه ما فرض الله لها، والله أعلم. (هـ).

وسئل الشيخ التاودي أيضا عن أم ولد ماتت وخلفت سيدا وولدا منه فمن يحوز مالها منهما، هل السيد أو الولد؟

فأجاب : مال أم الولد لسيدها ولا شيء منه لولدها، إذ لا يرث العبد ولا يورث، وكذا كل من فيه شائبة رق حتى تتم حريته. قال في التلمسانية :

وكل من للرق فيه شعبة فماله في الوارثين نسبة
مكاتب مدبر أم ولد كل سواء حكمه قد اطرد
ومعتق لأجل أو بعضه ليس له في الوارثين فرضه

وفي المتن : ولسيد المعتق بعضه جميع إرثه. (هـ).

وسئل أبو زيد الحائك عن امرأة ماتت عن بنتها وابن ابنها وأختيها شقيقتيها.

فأجاب : لابنتها النصف بالفرض، ولابن ابنها النصف الباقي بالتعصيب، ولا شيء لأختيها لأن ابن الابن كما في الجوفي وغيره، يحجب من تحته من بني البنين والإخوة من قبل من كانوا والأعمام وبنيهم. (هـ) ونقله أبو علي بن رحال عنه وهو واضح، فيجب على الأختين رد ما أخذتا غلطا أو اشتباها، والمسألة حتى في الرسالة ونصها : ولا ميراث للأخوات والإخوة مع الأب ولا مع الولد ولا مع ولد الولد الخ... وقد سمعت أن قاضي الوقت غلط في ذلك فكيف شهوده، فإنا لله وإنا إليه راجعون والفرائض أول علم ينسى، كما قال ﷺ وقد رأينا من ذلك ما الله يعلمه. (هـ).

وسئل أيضا عمن مات عن ابن ابن وأخ من المستحق للإرث منهما.

فأجاب أنه لابن الابن ولا شيء للاخ شقيقا كان أو غيره لأن الابن وابن الابن يسقطانه كما لابن الشاط في أخ شقيق، ونقله عنه المواق وهو واضح، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عمن مات عن زوجة وخمس بنات وأخت لأب وابن عم.

فأجاب : أن للزوجة الثمن وللبنات الثلثين والباقي للأخت تعصيبا، كما في المتن وغيره، ونص التلمساني.

والأخوات قد يصرن عصبات   إن كان للهالك بنت أو بنات

ولا شيء لابن العم، بل ولا لمن هو أعلى منه منزلة أن لو كان كما في المواق عن ابن زكرياء من أن ابن الأخ يسقط بأخت لأب فأكثر مع البنات، فإذا أخذ ابن العم هنا شيئا رد لمستحقه، وهو الأخت للأب في قضيتنا والفرائض أول علم ينزع كما في الحديث والله الموفق. (هـ).

قلت : قالوا إذا مات شخص عن أخت شقيقة وأخت للأب وجد، فالمال بينهم على أربعة، لأن الجد معهما بمنزلة أخ ذكر، ثم ترجع الشقيقة على التي

للأب، فتأخذ ما بيدها فيصح لها النصف، وللجد النصف، وترجع من اثنين.

قال الشيخ الرهوني وقد استشكل بعض أعيان مفتي العصر حرمان التي للأب مع وجود الجد ووجه لي سؤالا في ذلك.

فأجبت : بأن سبب حرمانها أن الجد يصير الاخوات عصبات، وعليه فالشقيقة كالشقيق والتي كالذي للاب فلذلك حرمت عليه أنه لو كان الأمر كذلك لم يكن للأختين للأب فأكثر مع الشقيقة شيء، وهو خلاف ما في ابن يونس ونصه : وإن ترك الميت أختا شقيقة وأختين للأب وجدا، فالمال بينهم على خمسة، للجد اثنان ولكل أخت واحد ثم ترجع الشقيقة على اللتين للأب فتأخذ منهما تمام نصف جميع المال، وما بقي بين الاثنين للأب تصح من عشرين للجد ثمانية، وللشقيقة عشرة وللتين للأب واحد واحد الخ...

وجوابه : أن النظر إلى نص قوله تعالى : ﴿فلها نصف ما ترك﴾. منع من إعطائها أكثر من النصف، ومع ذلك فهو استحسان، والله أعلم. (هـ).

وقال الشيخ الرهوني أيضا : قد نزلت حادثة وهي أن شخصا مات وترك ابن عمه وعم أبيه فتنازعا في إرثه. **فأفتى** بعض أهل العصر بأن الإرث لعم أبيه ولا شيء لابن العم، ورفع إلي عم الاب تلك الفتوى وطلب مني أن أوافق عليها ليتم له ما يهوى، فأبيت ورأيت أن الموافقة عليها من اعظم البلوى، فرجع مما رام خائبا، ثم بعد شهور رجع إلي طالبا فامتنعت أيضا. ثم اجتمعت مع المفتي وتكلمت معه ليرجع فأبى وقال إن المسألة نص عليها ابن مرزوق فقلت له كلام ابن مرزوق ليس بحجة، ولا بد في كلامه من التأويل وقد أشار بعض معاصري المحققين الى اعتراضه فلم يقبل ذلك مني. ثم بعد سأل ابن العم عن النازلة وطلب مني أن أكتب له بما عندي بعد أن أخبر بأن المفتي لم يقتصر على الفتوى، بل مكن عم الأب من الإرث لأنه الحاكم في تلك الدعوى. فقلت : لا أكتب حتى أراجع المفتي الحاكم طلبا لما يعلمه رب العباد، ثم لما روجع أبى من الرجوع إلى الحق والانقياد ولولا خوف وعيد الكتمان لتركته، وما أراد مع أنه قد بطل فيها حق ابن العم وضاع، وهذا الحاكم قد خرق بحكمه هذا الاجماع، فتعين أن أقيد ما عندي في النازلة

وأكشف عنها القناع وأوضحها، وإن كانت واضحة حتى لا يبقى فيها لأحد نزاع وسميته كشف الغطا ورفع الحجاب عن حادثة زعم خارق الإجماع فيها أنه على الصواب، وإن شئت قلت إظهار العجب ممن حجب ابن العم بعم الأب، وإن شئت قلت إبصار الأعمى وإسماع الأصم في حجب عم الأب بابن العم. فأقول مستعينا بالله ومتوكلا عليه ومتبرئا من الحول والقوة إليه ينحصر الكلام على ذلك في مقدمة وثلاثة فصول وخاتمة فذكر المقدمة والفصلين الأولين، ثم قال : الفصل الثالث في جلب النصوص الواقعة في عين النازلة الحاسمة لمادة الفتوى الباطلة. قال صاحب بهجة البصر : قوله ـ أي المختصر ـ ثم عم الجد الخ... لا شك أنه وقع للمصنف هنا حذف لأن الذي يلي العم الشقيق والذي للأب ابن العم الشقيق، ثم ابن العم للاب، ثم كذلك مع تتابع الإضافات، ثم عم الأب كذلك، ثم عم الجد الخ... وقال شيخنا أبو عبد الله التاودي ابن سودة في طالع الأماني قوله ثم عم الجد الخ... أسقط المصنف هنا ثلاث مراتب كأنه استغنى عنها بقوله بعد الأقرب فالأقرب، فكان ينبغي له أن يقول ثم العم الشقيق ثم للأب ثم بنوهما ثم عما الأب ثم بنوهما ثم عم الجد. (هـ).

وقال الشيخ جسوس في شرحه : قوله ثم عم الجد الخ... بقي على المصنف مرتبتان، بل مراتب، فلو قال : ثم ابن العم الشقيق ابن العم للأب ثم كذلك، مع تتابع الإضافات. وابن العم للأب يحجب ابن العم الشقيق ثم عم الأب كذلك.ثم يقول : ثم عم الجد الخ... ثم قال بعد ذلك كلام : فتحصل مما ذكر أن بعد عم الميت لأبيه ابن العم الشقيق، ثم ابن العم للأب، ثم عم أبي الميت الشقيق، ثم عم أبي الميت للأب، ثم عم الجد الشقيق، ثم عم الجد للأب، ثم ابن عم الجد الشقيق، ثم ابن عم الجد للاب، ثم عم جد الجد الشقيق، ثم عم جد الجد للأب ثم ابن كل يليه. (هـ).

ثم قال بعد جلب كلام طويل : ونص الموطأ في النازلة ما نصه : وهذا النص وحده كاف شاف قاصم للظهور وإنما أضفنا اليه ما سواه ليعلم أن المسألة ظاهرة للمبتدئين غاية الظهور، وأن من خفي عليه أمرها بلغ الغاية القصوى من

القصور والله سبحانه المحمود على ألهم والمشكور. (هـ).

خـاتـمـة : لا يتوقف من عند أدنى قلامة ظفر من الإنصاف أنه يجب على عم الأب رد ما أخذه ودفعه لابن العم، فما كان مثليا فمثله ما كان مقوما فقيمته هذا إن فات وما كان قائما بيده وجب رده بعينه، فإن تعذر وأخذه منه وجب غرمه على من أتلفه اتفاقا إن ثبت ما ذكر أولا من أنه حكم بذلك بعد الفتوى وكذا إن لم يثبت ذلك لأن هذا المفتي يزعم أنه ممن يرجع إلى قوله عند حكام بلده وإلا فقولان :

ففي كتاب النكاح من الدر النثير بعد أن ذكر عن ابن رشد في الأجوبة أنه قال : ولا ضمان على المفتين إذا لم يكن منهم أكثر من الغرور بالقول ما نصه : وفي أحكام الشعبي من أفتى بغرم ما لا يجب غرمه فقضى به غرمه. وقاله أصبغ بن خليل وليس بخلاف لابن رشد لأن القاضي قد حكم بفتواه إذا كان مرجوعا إليه ومعولا في الأحكام عليه، فكان القاضي نائبه، وما روي عن سحنون من أن المفتي قاض يلزمه ما أتلف بفتواه مطلقا هو على أحد القولين في الغرور بالقول. (هـ).

وقال الرهوني أيضا : وقع لصاحب بهجة البصر ما نصه : فإن وجدتهم كلهم يلقونه في أب واحد فإن كان فيهم من هو شقيق ولا شيء لغيره، وسواء في ذلك الإخوة وبنوهم والأعمام وبنوهم. (هـ) وهو يوهم أن من جمعهما أب واحد يقدم الشقيق منهما على ذي الأب، ولو كان ذو الأب أعلى وقد اغتر به بعض من يتعاطى الفتوى والقضاء وبعض من يتعاطى الفتوى فقط، فأفتوا في نازلة وهي موت عبد السلام بن قاسم بن علي بن قاسم عن ابني عمه صوابه عم أبيه عبد السلام ابن الطاهر بن قاسم الأعلى، والحسين بن قاسم بن الحسين بن قاسم بن الحسين ابن قاسم ابن عم لأب، والحسين بن قاسم بن الحسين بن قاسم ابن عم شقيق بأن الإرث للحسين لا لعبد السلام، وردوا على من أفتى بأن الإرث لعبد السلام، واحتج أول الرادين بكلام البهجة المذكور ولا شك أنه بظاهره مفيد لما ذكره ولكن الحق مع غيره لا معه، ومراد صاحب البهجة بذلك مع استواء الدرجة لا مع

اختلافها، وإنما أطلق والله أعلم، اتكالا على ما قدمه من التصريح بتقديم الأخ للأب على ابن الاخ الشقيق والعم للأب على ابن العم الشقيق. وقد كانت رفعت إلي النازلة حين كثر فيها الخوض والخصام فقيدت فيها تقييدا مفيدا انقطع به النزاع ولم يبق فيها كلام، مضمنه : أن الإرث قطعا لعبد السلام وتركت نقله استغناء عنه بما ذكرته في التقييد قبل هذا، والحمد لله.

وسئلت عن رسم نصه يشهد من يضع اسمه عقب تاريخه، بمعرفة الحاج عزوز بن عبد الله بن القاضي ومعها يشهد بأنه توفي وعصبه أبناء عمه الثلاثة الفقيه سيدي محمد، والعباس، وأبو مدين أولاد الطالب سيدي محمد المخفي النسب، والفقيه الكاتب سيدي محمد، والغالي، وعبد الرحمن، وإدريس، أولاد الفقيه المدرس، وسيدي محمد النسب، وسيدي محمد ادريس ابن الفقيه المدرس سيدي محمد النسب لا عاصب له سوى من ذكر في علمه الخ...

فأجبت : الحمد لله، لا ميراث للفرق الثلاث في الهالك المذكور، إذ حيث كانت آباؤهم مختلفة، كما في الشهادة أعلاه فلا إرث لهم للشك في مستحقه، إذ يحتمل أن يكون بعضهم أقرب من بعض للهالك المذكور، فلا ميراث للأبعد منهم، وقد تقرر في باب الميراث أنه لا إرث مع الشك، ففي حاشية الشيخ الرهوني نقلا عن الأجهوري ما نصه :

تتمـــة : من موانع الإرث الجهل بالقعدد. قال في كتاب اللباب الوارث : من وجد حقه المقتضي وهو وجود النسب والشرط وانتفاء المانع، فالسبب هو النسب والولاء، والشرط هو معرفة القعدد، فإن جهل فيوقف المال، فلو شهد بوفاة زيد وأن وارثه ابنا عميه فلان وفلان لا يدري شهوده الأقعد منهما من الأبعد ولم يرثا شيئا، وقد غلط بعض الناس فأفتى بأن الميراث يقسم بينهما، وأظنه أخذ ذلك من مسألة من طلق إحدى زوجتيه طلقة ومات قبل أن تعرف المطلقة منهما أنهما يقتسمان الميراث، والفرق بينهما واضح لان النكاح سبب في الميراث، وقد وجد ولم يشترط في سببيته شيء كما شرط في النسب من معرفة القعدد. فالميراث هناك محقق

وحصل الشك في رافعه بالنسبة إلى أعيان الزوجين، وهنا لم يثبت السبب إذ لا يصح أن يكون سببا إلا مع وجود شرط سببيته فافترقا. (هـ). وبيان اختلاف آبائهم أن الهالك ابن محمد بن عبد الله، والفرقة الأولى : أولاد سيدي محمد المخفي. والفرقة الثانية : أولاد الفقيه المدرس سيدي محمد. والفرقة الثالثة : أولاد الفقيه المدرس العدل سيدي محمد. فليس فيه بيان المحمدين بالثلاثة هل هم إخوة أو أبناءهم وهل هم في مرتبة واحدة أو بعضهم أقرب، وهل بعضهم شقيق وبعضهم لأب أو كلهم أشقاء أو كلهم لأب ؟ ومن المعلوم أن ما احتمل واحتمل سقط. والحاصل أن مجرد كونهم من قبيلة لا يستحقون به إرثه حتى يعلم الأقرب منهم. قال البقوري في اختصار فروق القرافي في القاعدة الثالثة، في تقرير أسباب التوارث وشروطه وموانعه. أما الشروط فهي ثلاثة : تقدم موت الموروث على الوارث، واستقرار حياة الوارث بعده كالجنين، والعلم بالقرب والدرجة التي اجتمعا فيها، احترازا من موت رجل من مصر أو من قريش لا يعلم له قريب، فإن ميراثه لبيت المال. مع أن لكل قرشي ابن عمه ولا ميراث لبيت المال مع ابن عم، لكنه فاته شرطه الذي هو العلم بدرجته منه فما من قرشي إلا ولعل غيره أقرب منه الخ... وفي هذا كفاية، والله أعلم قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وفي نوازل الزياتي **وسئل** بعض الفقهاء عن جماعة بعضهم لبعض، ثم توفي أحدهم فادعى إنسان من الجماعة المذكورين أنه أقربهم إليه، وأنه أحق بميراثه ممن عداه، وأقام على ذلك بينة بالسماع يشهدون أنهم يسمعون أن فلانا قريب فلان غير أنهم لا يجمعون بينهما في جد واحد وزعم أناسه الباقون أنه لا يمتاز بميراثه عنه بهذه الشهادة حيث لم تلق بينهما في جد واحد، فلمن يكون القول منهما ؟ وقد بسط هذا الانسان يده على أملاك المتوفى المذكور، واستغلها سنين طويلة، وأصحابه ينازعونه في ذلك، فكيف يمكن تحقيق غلة تلك السنين إن استحقوا عليه غلتها لإخلاف السنين في الإصابة والسعر، بين لنا ذلك.

فأجاب : إن كان الأمر كما وصفتم، فالذي جرت به مسطرة الموثقين أن يقال : يجتمعان في جدهم الأقرب فلان لا يشكون في ذلك. قالوا فإن لم تذكر

البينة اجتماعهما في جدهما الأقرب فلان، فشهادة البينة تامة إن كان الشهود يحققون ذلك، وإن كان أصل ذلك السماع كما شهد أن عبد الله بن عمر، ويثبت بذلك النسب والميراث، وإن لم يكن السماع مشتهر عند ابن القاسم اشتهارا يقع له العلم. فأما في حياة المتوفى المنسوب إليه، وإنكاره فلا يثبت به نسب ولا يوجب حكما باتفاق. وأما بعد الوفاة فاختلف في ذلك على ثلاثة أقوال، أحدها : أنه يكون له الميراث في المال ولا يثبت به النسب والميراث، وهو قول أشهب. الثالث : لا يثبت نسب ولا ميراث، والله أعلم، وعن الثانية لا بد من حضور أهل المعرفة يقيمون كراء الأملاك ويعمل على ما يقدرونه والصلح في مثل هذا أليق (هـ).

وسئل سيدي العربي بردلة عن هذه الأراضي المغربية من أرض الحراثة التي تصرف فيها الأعراب وغيرهم، إذا تصرف فيها متصرف في شيء منها، ثم مات فباعها ورثته من بعده، أتقدم الحجة بمجرد ذلك لمشتريها إذا نازعه من ناب عن بيت المال، وألزمه أن ياتي بموجب انتقالها مما يسمع شرعا. لأن أرض العنوة وقف، ومجرد التصرف فيها لا يوجب ملكها، أم لا تقوم بذلك حجة للمشتري، ولا بد من إثبات ملكية الموروث لذلك بإقطاع فيما يقطع، أو بيع فيما تدعو الحاجة إليه عن إذن من له الإذن ومصادفة السداد وسائر الشروط المعتبرة. فإن بعض من تصرف هو أو موروثه قبله قد يبيع أراضي كثيرة تشتمل على أربعين أو خمسين زوجا مثلا بثمن تافه مما يشبه أن يكون لها كراء سنة ونحو ذلك فيحب مشتريها أن يتملكها بمجرد ذلك ويتخذها ملكا حقيقيا فينازع من قبل بيت المال بالوجه التام والسبب السابق أجيبوا عن ذلك كاشفين للقناع ممعنين النظر رافعين للشغب ولا بد، والسلام.

فأجاب : بعد الحمد لله، إن المشتري المذكور مقوم عليه مدعى عليه لا مدع، وإذا كان كذلك فهو غير مفتقر لحجة والحجة إنما يطالب بها القائم عليه، والطالب له وما أشير إليه في السؤال من حجة القائم من أن الأرض المتنازع فيها أرض عنوة وقف، ومجرد التصرف فيها الخ... فهي ضعيفة من وجهين، أحدهما :

أنه لم يرجح احد فيما علمت أنها عنوة، بل لم أر من اقتصر عليه. وإن كان بعضهم يحكي الخلاف بقيل، مجملا والذي يقرب وينبغي أن يكون عليه المعول ما نقله الونشريسي عن ابن مرزوق، ونص المراد منه. وأما بلاد المصامدة وأرض مراكش فقال ابن عبد الحكم : اتفق أشياخ بلدنا من أهل العلم أنها أسلم عليها أربابها وليس فيها صلح ولا عنوة. (هـ). على أن المسموع الشائع عن أهل هذه البلاد هو نصرة الإمام إدريس رضي الله عنه، ونصرة من جاءهم بالدين، ومحبته واتباع ما أمروا به من قبله. الثاني أن الاحتجاج على الأرض المعينة المتنازع فيها المحوزة بيد مشتريها أو وارثها من المتصرف فيها الحائز لها، ومحاولة انتزاعها منه بحديث أن بلاد المغرب أخذت عنوة أي قبل تاريخه بما يقرب من ألف سنة، ويكون هذا حجة في انتزاع الموضع المعين من يد معين هو في يده وفي حوزه بشراء ونحوه من أغرب الغريب، ولم أقف على مثله لأحد ولا أظنه يقع من أحد ممن يقتدى به من أئمة الفقه والله سبحانه أعلم بالصواب. وكتب العربي بن أحمد بردلة كان الله له.

وتقيد عقبه : الحمد لله، الجواب والله سبحانه الموفق أن من المعلوم المقرر أن المدعى عليه لا يطالب بإثبات ما في يده ولا يجوز الاعتراض بمجرد الاحتمال وما يحكى من الخلاف في الأرض المغربية غير ظاهر ترتب مثل هذا عليه، لعدم تحقق النقل المتضمن العنوة لا من جهة سنده ولا من جهة تعيين متعلقه، ولو ثبت سنده فمع طول الآماد وتغير الأحوال وانتقال العمائر كيف يحكم على موضع معين بأنه لم يقع فيه سبب الملكية من اختطاف مثلا أو إحياء بشرطه، فلا يصح نزع موضع معين اعتمادا على قول قيل، اذ من شرط الاستحقاق إثبات ما يدعيه المدعي بإشهاد على عين الشيء المدعى كما علم. وقد رأينا حكاية الخلاف في الأرض المغربية الشامل لافريقية من ناحية القيروان، ولهذه البلاد ومن جملة المحكى أن بلاد المصامدة إنما أسلم أهلها عليها، وذلك هو الموافق للحكاية المشهورة عن سيدي أبي جيدة، وقد ذكروا أن أرض المصامدة ومساكنهم في الأغلب، هي : ما بين وادي ملوية من جهة الشرق إلى آسفي، وجبال داران من جهة الغرب. وقد

نقل أيضا عن أبي بكر بن عبد الرحمان : أنه إذا خفي خبر الأرض ولم يعلم هلْ هي أرض صلح أو عنوة أو أسلم عليها أهلها فهي لمن وجدت في يده، وإن كان لا يدرى من أي وجه صارت إليه. (هـ) والله سبحانه أعلم بالصواب. وكتب عبد الله تعالى محمد بن عبد القادر الفاسي كان الله له. (هـ).

فهرست الجزء الرابع والاخير من نوازل الشريف الفقيه العالم النزيه سيدي محمد المهدي الوزاني العمراني الحسني رحمه الله آمين.

نـوازل القسـمـة

نــوازل القــراض

نــوازل الإجــارة والكــراء

نوازل المغارسة وإحياء الموات

نــوازل الميـــاه

نــوازل الحبـــس

نـوازل الهبـة والصدقـة

نـــوازل الـعـمـــرى

نـوازل الشـهادات

نوازل الدعاوي والحيازات

نوازل الدماء والردة

نـــوازل الـوصـايا والأوصيـاء

نـــوازل الـمـيـــراث